

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA COULISSE

ET

L'EXCEPTION DE CONTRE-PARTIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le mercredi 17 avril 1907, à 2 heures 1/2

PAR

Michel BRÉCHON

Président : M. AGLAVE.

Suffragants : { MM. THALLER, }
 { AMBROISE COLIN, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

LA COULISSE

ET

L'EXCEPTION DE CONTRE-PARTIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le mercredi 17 avril 1907, à 2 heures 1/2

PAR

Michel BRÉCHON



Président : M. ALGLAVE.

Suffragants : { MM. THALLER.
AMBROISE COLIN, } professeurs.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907

Digitized by the Internet Archive
in 2026

LA COULISSE

ET

L'EXCEPTION DE CONTRE-PARTIE

INTRODUCTION

Il n'est pas douteux que l'extension prodigieuse des valeurs mobilières a été l'une des caractéristiques de l'époque contemporaine. Il se forme chaque année, en France, une épargne de plus d'un milliard. D'après un travail présenté par M. Neymarck à la session de l'Institut international de statistique de juillet 1905, il résulte qu'au mois d'avril de cette année, 1.457 valeurs étaient négociées en Bourse dont 1.086 appartenaient à la cote officielle et 371 au marché en Banque. Le capital représenté par l'ensemble de ces valeurs atteint plus de 130 milliards et le chiffre des opérations dont ces valeurs sont l'objet s'élève au moins à 150 milliards par an. Dans ces conditions on comprend l'importance que présente pour chaque citoyen le choix d'un placement, et la nécessité qui, la plupart du temps, s'impose aux

privilégiés de la fortune de recourir à des professionnels expérimentés pour profiter de leurs conseils et choisir le mode de placement le plus rémunérateur. C'est en Bourse qu'ont lieu tous ces placements ; c'est dans son enceinte que se traitent toutes les valeurs ; c'est là qu'elles acquièrent, sous l'action de l'offre et de la demande, un cours impersonnel et abstrait, indépendant des convenances individuelles, dont l'influence est ici complètement neutralisée.

La Bourse est le lieu où se tient la réunion des opérateurs qui viennent chaque jour, à une heure déterminée, pratiquer le commerce d'une même nature de valeur ou de produits. Dans ce marché, les valeurs sont traitées par des intermédiaires, dont la première qualité doit être la solvabilité. Mais bien d'autres conditions doivent être exigées d'eux ; il faut qu'ils sachent donner la plus grande publicité au marché où se traitent les titres et que les cours qui leur sont attribués puissent être reconnus par tous comme absolument sincères.

La Bourse n'est pas cependant un marché comme les autres ; il faudrait se garder d'assimiler aux Bourses la même origine qu'aux marchés et aux foires ; la pratique du commerce ne s'est pas développée d'après les mêmes règles dans les deux institutions. On pourrait être trompé par ce fait, que, dans les Bourses, les opérateurs ne se réunissent qu'à des jours et à des heures déterminés. Or, le commerce, lui aussi, est résulté d'abord de rencontres intermittentes qui s'opéraient, au début,

entre les trafiquants de tous les pays. Mais les marchés et les foires ont toujours fonctionné sur ce principe que la marchandise à vendre devait être exposée aux yeux du public, de manière à en saisir facilement les qualités et les défauts. Au contraire, les valeurs qui font l'objet du trafic en Bourse, de même que les marchandises sur lesquelles s'engagent les opérations conduites dans les Bourses de commerce, demeurent invisibles aux yeux des spéculateurs, et ceux-ci ne sont guidés, dans les marchés qu'ils traitent, que par les renseignements qui circulent dans le public, par la réputation de solidité et d'avenir qui se propage par les conversations quotidiennes et qui éveille peu à peu les désirs des hommes (1).

Dès lors, on comprend l'importance du rôle que les intermédiaires sont appelés à jouer dans les Bourses. Ceux-ci doivent apporter leurs soins au maintien des cours, garantir les opérateurs, dans la mesure du possible, contre les risques de hausse ou de baisse. Par là, apparaît le côté élevé de la fonction des intermédiaires de Bourse ; il leur appartient de réfréner les abus de la spéculation, de s'opposer aux manœuvres louches qui deviennent la source des fortunes rapides et scandaleuses, comme souvent aussi l'origine des ruines irrémédiables où s'évanouissent tout d'un coup les capi-

(1) Thaller, *Traité de droit commercial*, 3^e éd., n° 864 ; Huvelin, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*. Thèse Paris, 1897.

taux lentement amassés. C'est assez dire que les intermédiaires doivent se garder d'exploiter la crédulité du public, par l'établissement de cours fictifs ou de toute autre manière. D'autre part, il importe que les intermédiaires offrent une solvabilité complète et absolue, et sachent inspirer à leurs clients une confiance qui plane au-dessus de tout soupçon. Comment ces conditions essentielles sont-elles observées à l'époque contemporaine ?

On a compris très vite que les dangers de la spéculation deviendraient très pressants, si la Bourse n'était pas l'objet d'une réglementation spéciale, et on s'est attaché à l'idée que le règlement le plus efficace devait prescrire la forme corporative comme la meilleure garantie de la sécurité des opérations en Bourse. Dans tout pays où ceux qui se proposent de conclure des opérations de Bourse sont réunis en syndicat professionnel, le public reçoit immédiatement l'assurance qu'il existera une police du marché, et les intermédiaires doivent, par devoir professionnel, rester étrangers aux manœuvres abusives, et se borner à faire profiter les clients de leur expérience, quant aux placements les plus opportuns.

C'est sur le système de la corporation des intermédiaires que la France a organisé à la fois son marché des valeurs et celui des marchandises. On sait, que, dans les Bourses de valeurs, les opérations sont pratiquées par des agents de change qui sont des officiers

publics nommés par le gouvernement (art. 74, C. com.), et en nombre limité ; ils sont astreints à une discipline intérieure, et ils subissent la direction d'une Chambre syndicale, qui dispose d'un droit de censure. Ils se distinguent par trois caractères essentiels ; ils négocient les opérations, ils procèdent à l'admission des valeurs à la cote, et arrêtent les cours ; enfin, ils ne peuvent opérer pour eux-mêmes sur aucune valeur. D'autre part, l'agent de change doit réunir certaines conditions d'âge (25 ans), de moralité et surtout de fortune. Cet officier ministériel doit fournir un cautionnement qui, à Paris, atteint 250.000 francs, et il ne peut entrer en fonctions sans avoir justifié du versement de cette somme (Décr., 7 oct. 1890, art. 5).

Indépendamment de ce règlement général de 1890, il existe dans chaque parquet des règlements particuliers qui ne sont autres que les statuts de la Chambre syndicale et qui ne font pas double emploi avec le règlement général de 1890. Enfin, en dehors de la corporation des agents de change, pour donner plus de sécurité au public, une certaine part est laissée à la police municipale. Celle-ci règle notamment les heures d'ouverture et de fermeture de la Bourse, et il lui appartient d'y faire régner l'ordre matériel.

Cette réunion professionnelle d'agents de change possède un privilège important et bien connu ; en vertu de l'article 76 du Code de commerce, l'agent de change jouit d'un privilège, d'après lequel il est le seul inter-

médiaire possible pour le trafic des valeurs admises à la cote, c'est-à-dire de celles en faveur de qui est intervenue une délibération de la Chambre syndicale ayant pour objet de les admettre à la vente publique dans le parquet.

Telle est une première catégorie de valeurs, les valeurs admises à la cote, dont le trafic offre les garanties résultant de la discipline qui règne dans la Compagnie des agents de change.

Mais, il existe une autre catégorie de valeurs, celle des valeurs non cotées, qui constituent le marché libre. Les agents de change s'abstiennent d'en opérer le trafic, qu'ils abandonnent à une autre catégorie d'intermédiaires : les coulissiers. Les coulissiers ne sont autres que des banquiers, agissant comme intermédiaires libres. Toutefois ils ne sont pas isolés les uns des autres, mais au contraire groupés en syndicats constitués d'après les règles de la loi du 21 mars 1884. C'est ainsi qu'il existe trois syndicats de banquiers-coulissiers : 1° le syndicat des banquiers en valeurs à terme, qui est de beaucoup le plus important ; 2° le syndicat des banquiers en valeurs au comptant ; 3° le syndicat de la rente. Cette organisation actuelle de la coulisse ne date que de 1898. L'ancienne coulisse n'était point organisée aussi sérieusement. Elle était ouverte à presque tous les intermédiaires. Le crédit était accordé sur de simples relations personnelles. En, vue des règlements d'argent et les livraisons de titres il existait seulement une

« feuille » servant de caisse centrale. Grâce à l'insuffisance de réglementation, certaines brebis galeuses parvinrent à se glisser parmi de très honorables et très sérieuses maisons qui formaient le noyau de la coulisse (1).

Depuis 1898 il n'en est plus ainsi ; pour être admis aux syndicats des banquiers-coulistiers il faut :

1° Faire profession de traiter des opérations en Bourse pour soi-même ou pour autrui sur le marché des banquiers en valeurs près la Bourse de Paris ;

2° Etre Français. Toutefois les étrangers inscrits à la « feuille » avant 1898 furent admis comme membres des nouveaux syndicats ;

3° Justifier d'un capital social ou personnel qui varie suivant les « feuilles » : on exige 500.000 francs entièrement versés pour les coulistiers en valeurs à terme, 100.000 francs pour les coulistiers en rentes et les coulistiers au comptant ;

4° Jouir de ses droits civils et politiques.

Il faut en outre être présenté par deux parrains, membres actifs de la corporation. Le postulant doit en outre subir pendant un mois un stage d'affichage afin que ses futurs confrères puissent donner leur appréciation sur sa valeur professionnelle et surtout morale. A la tête de chacun des syndicats existe une chambre syndicale composée de 5 à 9 membres, qui veille à la régularité des cours sur le marché en banque, à leur ins-

(1) A. Hamburger, *Le Guide pratique de la Bourse*, 1906.

cription sur une cote spéciale appelée « Cote du syndicat des banquiers en valeurs ». — Sur cette cote figurent les valeurs négociées en coulisse, autrement dit celles qui ont été spécialement admises par la Chambre syndicale. A chaque liquidation, le taux des reports y est également inscrit. La corporation des banquiers-coulistiers est formée de groupes où seules les maisons ayant adhéré au règlement du syndicat sont admises à traiter. La liquidation des marchés à terme s'effectue par les soins de la Chambre syndicale le même jour et à la même heure que celle du parquet. Enfin à titre de cautionnement pour les opérations engagées dans le courant du mois, la Chambre syndicale des banquiers à terme exige de la part de ses membres un versement de 100.000 francs. Pour les maisons inscrites à la feuille des rentes ce versement n'est que de 25.000 francs.

Ainsi donc, l'organisation de la coulisse se trouve être presque'entièrement calquée sur celle du parquet. On peut même ajouter qu'à l'instar des agents de change, les coulistiers ont un esprit de corps se traduisant par une solidarité professionnelle qui est encore la plus sûre des garanties en vue de protéger le marché contre l'agiotage, et, partant, de défendre les intérêts des particuliers.

CHAPITRE PREMIER

LA COULISSE ; SON RÔLE ÉCONOMIQUE.

Il est indéniable que, de tout temps, la coulisse a été l'objet de toute sorte de défiance et d'impopularité. Son rôle économique a toujours été plus ou moins méconnu ; l'histoire nous en fournit les preuves. Il suffit de rappeler les mesures de rigueur que les gouvernements qui se sont succédé ont prises à l'égard de cette institution, pour donner un semblant de satisfaction à l'opinion publique. Cette hostilité, qui existe encore de nos jours, contre les membres de la coulisse, et en général contre toutes les opérations auxquelles ils se livrent, repose, selon nous, sur un préjugé, qui se manifeste contre tout ce qui concerne la spéculation.

Malgré les besoins économiques qui s'imposent à tous, malgré les lois qui ont été portées en vue de leur donner satisfaction, on retrouve encore aujourd'hui des traces de ce préjugé dans les décisions de nos tribunaux et dans les arrêts de nos Cours. Cette défiance contre tout ce qui est spéculation, provient d'abord, chez la majorité du public, de son ignorance complète du mécanisme des opérations de Bourse ; pour d'autres, les agents de change, il s'agit d'une animosité toute parti-

culière, bien naturelle, puisqu'intéressée, contre des rivaux qui menacent trop souvent de leur ravir leur monopole, forteresse « vieille de plusieurs siècles, à l'abri de laquelle ils défendent les derniers vestiges de leur antique privilège ». Pour nos magistrats, l'opposition absolue qui apparaît ici entre la loi et les faits, entre les prescriptions légales et les circonstances économiques actuelles, leur rend fort difficile, sinon impossible, l'examen et la solution des conflits qui surgissent en cette matière.

Il n'est pas jusqu'au mot lui-même : « coulisse », qui sonne mal à des oreilles peu habituées à entendre parler des choses de Bourse. En public, on ne le prononce qu'en baissant la voix, car tout le monde sait vaguement que la coulisse est une institution simplement tolérée. Dès lors, la circonstance que la coulisse n'est pas revêtue de l'estampille officielle, lui enlève les trois quarts de sa valeur. Les particuliers eux-mêmes, qui s'adressent aux coulissiers, pour traiter leurs opérations, en raison des avantages qu'ils y trouvent, les tiennent plus ou moins en défiance ; cette suspicion s'explique par une raison bien simple : de même que tout acheteur a coutume de considérer son vendeur avec méfiance et redoute qu'il ne lui tendedes pièges, de même le client qui achète des valeurs se refusera à admettre que le coulissier, le plus souvent sa contre-partie, joue un rôle d'auxiliaire plutôt que d'adversaire.

La plupart du temps en effet, le client se portera

acheteur ; l'observation en a été formulée bien des fois, et elle repose sur une remarque psychologique qui est exacte. Dans une Bourse, les amateurs, les non-professionnels, qui viennent uniquement pour jouer, sont tentés plutôt de spéculer à la hausse qu'à la baisse, parce que l'optimisme est dans la nature humaine. Le public joue par tempérament à la hausse ; il ne s'intéresse qu'aux titres auxquels s'attachent des chances de hausse ; jamais la spéculation du public, c'est-à-dire ses prévisions, ne porteront sur la baisse, qui se trouve ainsi réservée aux coulissiers contre-partistes. Les acheteurs, toutefois, ne partiront en campagne contre leurs vendeurs, que lorsque, s'étant trompés dans leurs prévisions, ils subissent, par la baisse qui survient, des pertes considérables. En temps ordinaire, grâce aux avantages appréciables qu'ils rencontrent sur le marché en Banque, tels que réduction des tarifs de courtage, grande faculté de crédit, terrain très étendu de spéculation, où toutes les offres d'achat et de vente sont très facilement absorbées, par suite du grand nombre et de l'infinie variété des opérations qui s'y traitent, les clients se gardent bien de se plaindre. Ils n'invoquent leurs griefs qu'à certains moments déterminés, en cas de perte ; leur inimitié à l'égard des coulissiers n'est donc qu'intermittente.

Intermittente également est l'intervention des pouvoirs publics à leur égard. En effet, les mesures de rigueur adoptées par le gouvernement contre eux, n'ayant

pour but que de donner satisfaction à l'opinion publique, ne sont, en général que de très courte durée.

Nous allons étudier, dans ce chapitre, tous les griefs qu'on a pu invoquer contre la coulisse ; nous tâcherons d'en démontrer l'inanité ; enfin, nous étudierons le rôle économique de la coulisse, et, partant, son utilité à l'égard du marché des valeurs de Bourse. Nous plaçant exclusivement au point de vue économique, nous négligerons les critiques formulées par certains adversaires de la coulisse : les agents de change. Les arguments invoqués par ces derniers sont en effet d'ordre juridique ; ils portent sur la violation de l'article 76 du Code de commerce, texte qui consacre leur monopole. Toutefois, nous aurons, à maintes reprises, à donner notre appréciation, en nous maintenant toujours sur le terrain économique, sur l'utilité de ce monopole pour le marché des valeurs, eu égard aux nécessités actuelles.

A ce propos, il n'est pas inutile de rappeler que l'institution des agents de change fut créée par un édit bur-sal de Charles IX, en 1572, qui établit en titres d'office les courtiers de commerce alors existants ; et que, dès lors, ce monopole a sa source dans la *vénalité des offices*. On sait que, sous l'ancienne monarchie, l'une des ressources les plus importantes consistait dans la création d'offices que l'on mettait ensuite en vente. Les offices des courtiers de change furent donc créés dans un but fiscal, augmentés dans la suite, suivant les besoins

de la Caisse royale, jusqu'à 60, à la fin du règne de Louis XVI. Ce chiffre n'est pas sensiblement différent du chiffre actuel, si l'on tient compte que c'est seulement le décret du 29 juin 1898 qui a porté le nombre des agents de change parisien de 60 à 70. Il va sans dire que ce n'était plus un but fiscal qui dicta à cette époque la création de nouvelles charges d'agents de change, les gouvernements ayant renoncé depuis longtemps à ce système de crédit.

Quoi qu'il en soit, on comprend aisément le motif de l'inimitié des agents de change à l'égard des coulissiers. Le marché libre grandit chaque jour aux côtés du parquet officiel, et menace même de l'absorber. Les coulissiers sont, vis-à-vis des agents de change des concurrents d'autant plus dangereux que, tout en leur étant nuisibles, ils leur sont indispensables. De là l'épithète originale de *frères ennemis*. Le parquet, en effet, débordé par les opérations qui affluent sans cesse sur son marché trop étroit, s'adresse, pour déverser son trop-plein, à la coulisse, où les offres, de quelque importance qu'elles soient s'absorbent facilement. Toutes les querelles entre le parquet et la coulisse se sont invariablement terminées par des *modus vivendi* où les deux parties consentaient à des sacrifices réciproques. Cette constatation prouve bien que, malgré l'appui des lois et des tribunaux, en dépit même de la protection des gouvernements, les agents de change reconnaissent, par ces concessions mêmes, que leur monopole ne répond plus à un besoin économique actuel.

I. — *Quels sont les griefs invoqués contre la coulisse, par ses adversaires ?*

Un des griefs le plus souvent formulé contre cette institution est relatif à ses origines. Certains auteurs croient en effet trouver la trace de ses origines dans l'ancien droit ; les historiens nous rapportent que, autour des courtiers de change (les agents de change d'alors), vivaient des individus peu recommandables, qui s'immisçaient dans leurs fonctions ; d'ailleurs, ces mêmes individus sont également visés dans les lois anciennes, qui édictaient contre eux d'extrêmes mesures de rigueur, par la raison fort simple, que la présence de ces personnages contribuait à rendre plus difficile pour la royauté le placement de ses offices.

Certains auteurs vont même, non sans quelque originalité, chercher jusque dans le droit romain, les origines de la coulisse. Notre Bourse est assimilée au *collegium mercatorum* ; nos agents de change aux *argentarii*, banquiers publics, astreints à la tenue régulière d'un *Codex*, et placés sous la surveillance d'un *præfectus urbis*. Enfin, l'on affirme que nos coulisiers avaient des devanciers à Rome, en la personne de gens d'affaires véreux, *qui stipulari solent* (la stipulation étant un contrat qui se prête à toute sorte d'opérations). « Intermédiaires louches, traitant leurs affaires au milieu d'une foule équivoque de femmes de mau-

vaïse réputation et de maris en quête d'aventures » (Plaute).

De pareilles assimilations ne ressortent, selon nous, que du domaine de la fantaisie et n'offrent aucun caractère scientifique ; elles n'ont pu être inspirées que par cet inexplicable besoin de découvrir des origines antiques à des institutions essentiellement modernes.

C'est la fonction qui crée l'organe, et la fonction est née ici d'un besoin économique : le nombre des négociations de valeurs s'est en effet multiplié à notre époque. Il fallait, pour cette fonction de négociations, un organe approprié aux nécessités économiques actuelles. Dès lors, la coulisse s'est formée d'une façon spontanée ; elle s'est organisée, développée selon les exigences du moment ; et son existence s'est tellement imposée aujourd'hui au monde de la finance, que sa suppression entraînerait, d'après les avis les plus autorisés, un arrêt dans la vie financière du pays, avec des répercussions dans toutes les branches de l'activité économique. Il est donc superflu de faire appel à l'érudition pour chercher les origines de la coulisse. Cette institution ne peut dater que de la deuxième moitié du xix^e siècle, pour la raison bien simple qu'elle est, avant tout, un groupement d'individus dont la fonction consiste à négocier des valeurs mobilières ; or, ce ne fut que vers 1830 que la fortune mobilière et les valeurs qui la représentent commencèrent à se développer.

Dans un petit livre assez peu connu, et intitulé : « Les

étrennes de 1789 », nous trouvons la liste de tous les effets négociés de cette époque. La nomenclature en est singulièrement courte : ce sont les actions des Indes, les billets d'emprunt d'octobre de 500 livres, les loteries royales de 1780 à 1783, les emprunts de 1782, 1784, 1785 et 1786 ; enfin les lots viagers, les caisses d'es-compte et les eaux de Paris. Une cote datée de 1819 ne renferme qu'une vingtaine de lignes au plus.

Ce n'est que vers 1850, c'est-à-dire à l'époque où commence à se dessiner le gigantesque mouvement industriel et commercial contemporain, que nous voyons apparaître une centaine de valeurs négociables. Le besoin de négociation des valeurs mobilières, qui a suscité ainsi la fonction essentielle du marché libre, est donc d'origine récente. Récente aussi est la formation de la coulisse, qui en est l'organe.

Il convient d'ajouter, d'ailleurs, que ce n'est pas seulement pour faire parade d'érudition, ou pour donner plus de symétrie à une thèse, que certains auteurs ont cédé à l'habitude bien française de chercher dans l'antiquité une origine à l'institution, toute moderne cependant, de la coulisse. La plupart des auteurs dont il s'agit ont obéi en effet à une idée préconçue, qui n'envisage le rôle de la coulisse que sous un aspect très particulier et très étroit ; ils font, sciemment ou non, abstraction du rôle économique des couliissiers (qui est la négociation des valeurs), pour ne voir en eux que des comparses animés seulement du désir de s'immiscer dans les fonc-

tions des agents de change. Or, comme d'une part, le monopole des agents de change est fort ancien, et qu'ensuite, partout où un privilège est conféré à quelques-uns, il se crée immédiatement un groupement d'individus pour lutter contre lui par la concurrence (de même que toute loi destinée à augmenter les droits sur les denrées à la frontière a pour résultat de faire accroître immédiatement le nombre des contrebandiers), on conçoit aisément comment ces publicistes ont pu saisir un lien de filiation entre ces fraudeurs de l'ancien temps et nos coulissiers actuels. Inspirés d'une méthode anti-scientifique et d'idées tendancieuses, ils ont abouti à des conclusions irrationnelles.

Le principal rôle de la coulisse n'est pas de s'immiscer dans les fonctions d'un agent de change. Si parfois, elle agit ainsi ce n'est que par accident, conséquence parfois nécessaire même de l'exercice de sa fonction principale : la négociation des valeurs mobilières. On ne peut donc, selon nous, reprocher à la coulisse ses origines. Ainsi que l'a fort bien dit M. Boulanger, dans son discours au Sénat, le 29 mars 1893 : « Aucun lien, aucune tradition ne la rattache au passé ; sa naissance est spontanée ; son développement n'est qu'une conséquence d'une nécessité économique ; ses progrès, la confirmation de ce principe qu'aucune loi restrictive ne peut étouffer la liberté des transactions. » En définitive, ainsi remis au point, ce problème des origines, que certains auteurs résolvent de manière à jeter un

certain discrédit sur la coulisse, se retourne bien plutôt contre ceux qui l'invoquent le plus souvent, c'est-à-dire contre les agents de change. Leur origine est fort ancienne et fort légale, c'est vrai, et ils peuvent à juste titre s'en enorgueillir ; mais leur raison d'être est d'un autre temps et dès lors leur utilité est plus que contestable eu égard aux nécessités économiques actuelles.

II. — Un autre grief qui a été formulé contre les coulissiers consiste à objecter que, constamment, ils spéculent à la baisse. En effet, étant le plus souvent contre-parties de leurs clients, acheteurs à terme par tempérament, ils prennent la position de vendeurs à découvert, et, dès lors, ils ont intérêt à ce que les valeurs sur lesquelles ils ont opéré, subissent une baisse afin de pouvoir les racheter à bon marché à l'époque de la liquidation, pour les livrer. C'est par suite de leur intérêt à la baisse, et aussi des puissants moyens d'information et de la parfaite connaissance de la Bourse qu'ils possèdent, qu'on les a rendus de tout temps responsables d'une baisse appréciable des valeurs.

Cependant, dans la plupart des cas, cette baisse était déterminée par de toutes autres causes que les manœuvres dont on les accuse. Tout fléchissement anormal de la rente a été accompagné de mesures de rigueur contre eux. L'autorité ne paraît autoriser la coulisse qu'autant que celle-ci travaille à la hausse des fonds publics. Autrefois même il suffisait qu'elle fût soupçonnée de

prévoir la baisse, pour que le gouvernement sévît contre elle. Il recourait à l'expulsion des membres de la coulisse des lieux où ils avaient coutume de se réunir.

En 1819, lors de la baisse de la rente provoquée par la campagne de l'opposition contre la réforme électorale, et aussi à la suite de l'aveu d'un déficit de 100 millions, fait à la tribune par le baron Louis, les coulissiers, rendus responsables de cette baisse, furent chassés du Passage des Panoramas, leur lieu de réunion à cette époque. En 1823, la rente avait baissé de 10 francs en 5 jours, à cause de la guerre d'Espagne ; le préfet de police expulsa immédiatement les coulissiers de l'établissement Torton où ils s'étaient réfugiés. Les mêmes proscriptions se renouvelèrent, en 1840, le 2 octobre, lorsque les affaires d'Orient menaçaient la France d'une nouvelle coalition ; en 1850, sur l'émotion produite par un message apocryphe du Président de la République ; en 1854, après la déclaration de guerre à la Russie (Cf. Salzédo, *La coulisse et ses opérations*. Thèse, Paris, 1887).

A chaque baisse des cours, la coulisse est débusquée de ses nouvelles positions ; sous la poursuite de la police, elle se réfugie tour à tour au Passage de l'Opéra, au Casino de la Chaussée d'Antin, dans la Galerie du Baromètre, enfin dans le Hall du Crédit lyonnais.

Ces mesures ne sont que la conséquence d'un préjugé traditionnel et persistant contre les vendeurs à découvert, c'est-à-dire les baissiers. Or, quand on étudie d'assez près le mécanisme des opérations de Bourse, on

se rend compte que, loin de préjudicier à la marche des affaires, ils sont un élément indispensable au marché des valeurs, qui, sans eux, subirait des crises fréquentes. Ce préjugé est fort ancien. Napoléon lui-même avouait ingénûment que, pour lui, le fait de vendre à découvert de la rente, c'est-à-dire de promettre pour la fin du mois, des titres qu'on espérait se procurer dans l'intervalle à meilleur marché, était une opération qui ne pouvait qu'être préjudiciable aux intérêts de l'Etat, et il eût pris bien souvent des mesures rigoureuses contre les vendeurs à découvert, sans l'intervention opportune de Mollien, son ministre des finances. On raconte qu'un jour, l'Empereur ordonna à Mollien de lui soumettre sur le champ un décret interdisant la vente à découvert. Le ministre des finances alléguait alors qu'une semblable mesure serait contraire à la justice et qu'il faudrait prescrire une infinité d'actes considérés jusque-là comme licites : « Sire, disait-il, le porteur d'eau qui promet une mesure d'eau pour demain, fait une vente à découvert. — Il sait qu'il trouvera l'eau à la rivière, répartit l'Empereur ». « Le vendeur à découvert est dans la même situation, répliqua Mollien, parce qu'il existe aussi une rivière des rentes, où vous pourrez puiser les plus grandes quantités sans influencer le niveau. » Napoléon comprit et les vendeurs eurent cause gagnée (1).

(1) Roger Milles, *Grammaire de la Bourse*.

Nous savons déjà que, si les coulissiers jouent, en temps normal, presque toujours à la baisse, c'est qu'ils sont le plus souvent contre-parties de leurs clients portés naturellement à la hausse, les amateurs étant optimistes par tempérament, jusqu'à ce qu'ils aient acquis à leurs dépens l'expérience des affaires de Bourse.

D'ailleurs, les opérations à la hausse paraissent plus simples au public ; le fait de vendre ce qu'on n'a pas encore en sa possession inspire toujours un peu d'inquiétude.

Enfin, il n'est pas jusqu'à la *publicité financière* qui n'influence encore les spéculateurs dans le sens de la hausse ; ils ne se décideront à tenter quelques opérations à la baisse qu'après un apprentissage de la spéculation. La baisse, en effet, est toujours accidentelle ; elle procède par à-coups, et n'est que de courte durée ; elle est le plus souvent le résultat d'une exagération à la hausse. Pour prévoir la baisse, il faut donc connaître la situation de la place, l'état du marché, enfin posséder des renseignements précis sur chaque valeur. Les coulissiers sont donc, mieux que personne, aptes à recueillir les éléments nécessaires, pour spéculer à la baisse. Est-ce à dire pour cela que leurs opérations soient nuisibles au marché ? Nullement. Bien au contraire, et malgré l'opinion courante, on peut affirmer que les vendeurs à découvert, loin de déprécier les valeurs, constituent pour le marché un élément bienfaisant, sans lequel des catastrophes seraient souvent à redouter ; car ils for-

ment, au moment de la réalisation des marchés, c'est-à-dire à l'époque des liquidations, *des réserves d'acheteurs*, et, par là même, ils deviennent un stimulant précieux pour ramener la hausse, alors qu'au contraire les acheteurs à découvert, par leurs ventes, pèsent sur le marché.

A chaque liquidation, les vendeurs à découvert, en se rachetant, relèvent la cote. Si les vendeurs à découvert ne sont pas en assez grand nombre, et ne peuvent assainir le marché, par suite de leurs rachats, on assiste alors à des krachs, fort dangereux pour l'épargne. C'est ainsi, que pour prendre des exemples récents, des débâcles se produisirent à la Bourse, les 8 et 20 février 1904. M. Delcassé, alors ministre des affaires étrangères, en ne laissant nullement deviner les intentions bellicieuses du Japon, avait laissé s'endormir le monde de la Bourse dans une douce quiétude.

Par suite, les vendeurs à découvert étaient peu nombreux, et, lorsque la guerre fut soudainement déclarée, les cours de la rente et de ceux de toutes les valeurs qui gravitent autour d'elle s'effondrèrent brusquement.

Un phénomène contraire se produisit pour la *Chartered*, au moment de la mort de Cécil Rhodes. Ce titre, dont la valeur était d'une quarantaine de francs, monta de 40 francs, le jour du décès de Cécil Rhodes, c'est-à-dire au moment même où disparaissait l'homme dont la destinée était liée à celle de cette valeur, et sur qui reposaient toutes les espérances des porteurs de ce titre.

Ces faits, qui semblent de prime abord, étranges, ont une explication toute naturelle : la maladie qui amena le décès de Cécil Rhodes avait eu en effet une durée suffisante pour que les spéculateurs aient eu le temps d'escompter suffisamment à l'avance son décès, dès lors, lorsque l'événement se produisit, les vendeurs à découvert durent se racheter, ce qui produisit sur cette valeur une hausse inespérée.

La spéculation avait, suivant une expression employée à la Bourse, escompté le fait accompli, c'est-à-dire avait vendu en prévision d'un événement malheureux. Dès lors, quand l'événement s'est produit, les spéculateurs, en cherchant à se racheter, avaient contribué à relever considérablement le cours de ce titre.

L'attitude du marché des mines d'or, lors de la guerre du Transvaal, nous fournit encore un exemple assez curieux du résultat, pour un marché, de spéculateurs escomptant le fait accompli. Au début de la campagne, alors que les armées anglaises semblaient vouées à un mauvais sort, la spéculation était fort hésitante sur la position qu'elle devait prendre, mais bientôt les chances se faisaient jour en faveur de l'Angleterre. Dès lors le marché, escomptant la reprise prochaine du travail dans les mines et aussi supputant les bénéfices que les compagnies ne manqueraient pas de retirer d'une administration nouvelle, ne cessa de manifester sa confiance par des achats répétés. Le jour même de la signature de la paix, le mouvement inverse commença sur le « fait

accompli », en raison du besoin qu'éprouvaient les acheteurs de prendre tous à la fois leurs bénéfices et il s'ensuivit une baisse importante (Hamburger, *op. cit.*).

On voit aisément par ces exemples, qui d'ailleurs pourraient être multipliés à l'infini, de quelle utilité sont pour le marché les vendeurs à découvert, c'est-à-dire les baissiers. Ce sont eux qui constituent pour les mauvais jours une réserve d'acheteurs. On peut même dire, avec M. Isaac Péreire, qu'on ne peut rien souhaiter de plus heureux à une valeur de spéculation que la présence d'un découvert étendu sur le marché. Les grandes paniques, à la Bourse, coïncident toujours avec l'absence de vendeurs en quantité suffisante.

D'ailleurs, le grief résultant de ce que les coulissiers sont des baissiers, pourrait être aussi bien formulé contre les agents de change. On sait, en effet, que la corporation des agents de change, est, pour le gouvernement, une force dont il se sert en temps opportun. C'est ainsi qu'en cas de crise financière, et plus particulièrement sur notre rente, le ministre des finances ne manque jamais de consulter le président de la Chambre syndicale des agents de change, ainsi que certains de ses assesseurs, sur les moyens à employer pour enrayer le mouvement, moyens dont les résultats ne sont pas toujours d'ailleurs très satisfaisants.

Parfois encore, le gouvernement fait appel au parquet, non plus pour solliciter ses conseils au point de vue financier, mais pour obtenir son appui pécuniaire

en vue des élections. Personne n'ignore en effet de quelles sommes considérables peut disposer la corporation des agents de change. Cependant le parquet peut parfois se trouver en désaccord politique, avec le gouvernement, et tel est le cas précisément depuis quelques années. Les mesures énergiques prises contre l'Eglise ont froissé les agents de change dans leurs opinions, essentiellement conservatrices. Dès lors ils n'ont cessé de favoriser ostensiblement le mouvement de baisse de la rente. Bien loin de se cantonner en effet dans le rôle d'intermédiaires impartiaux que leur assigne la loi, ils ont naguère conseillé à leur clientèle de vendre la rente française, à tel point qu'on peut affirmer que, sans les achats journaliers par les Caisses d'épargne, le taux de la rente ne serait pas sensiblement supérieur à 75 francs, comme en 1884.

On sait, au surplus, dans le monde de la Bourse, ce qu'il faut penser de l'impartialité des membres du parquet. En 1898, lors de l'affaire Dreyfus, un agent de change s'écriait, en brandissant un paquet de titres de rente : « Qui veut des assignats ? »

D'ailleurs, les agents de change ne se contentent plus aujourd'hui d'exécuter les ordres qui leur sont transmis, ils en suscitent ; et même certains ont, à l'instar des coulissiers, des remisiers attitrés, qui parcourent la province. Tous consentent des remises à ceux qui leur apportent des affaires : les coulissiers appartenant au Syndicat des valeurs à terme obtiennent 40 0/0, les

remisiers 30 0/0, les banquiers non inscrits et les grands établissements de crédit 20 0/0. A cet effet même, une convention entre la Compagnie des agents de change et le Syndicat des banquiers en valeurs à terme a été signée le 14 février 1901, après avoir été discutée préalablement au ministère des finances le 11 février, approuvée dans l'assemblée générale de la Compagnie des agents de change le 13 février et par le Syndicat des banquiers en valeurs à terme, réuni en assemblée générale les 12 et 13 février 1901. En vertu de cette convention le parquet consent à la coulisse, ainsi que nous l'avons déjà dit plus haut, une remise de 40 0/0 sur les courtages des opérations à terme, de 20 0/0 sur les reports, de 10 0/0 sur les opérations au comptant. Le franco de courtage leur est de plus accordé dans le cas où deux opérations inverses sont faites le même jour et sur le même marché. Un seul courtage est alors prélevé sur la plus forte négociation.

Par ces concessions rémunératrices, on voit nettement que les agents de change cherchent dans la personne des coulissiers des auxiliaires précieux chargés en quelque sorte de rabattre vers le parquet les nombreuses affaires qu'ils ont recrutées un peu partout. Ainsi donc la prétendue impartialité des agents de change n'est qu'une chimère, puisque, si tous n'ont pas des remisiers spécialement attachés à leur maison, pour susciter des ordres, tous se servent, du moins d'une manière détournée, du travail accompli par les autres

intermédiaires de Bourse, travail qu'ils favorisent par les remises consenties, et dont ils profitent ainsi indirectement.

III. — Il y a également un grief d'un caractère tout spécial que les adversaires de la coulisse adressent à ses membres : c'est leur *cosmopolitisme*. Ce grief, qui, de prime abord, semble puéril, et en même temps d'une autre époque, vaut cependant la peine d'être examiné, car, dans toutes les discussions financières qui ont été portées à la tribune de nos assemblées législatives, il a toujours eu plus de poids que tous les arguments des économistes les plus distingués. Il est incontestable que la coulisse a toujours compté parmi ses membres un nombre considérable d'étrangers : en 1893, lors de la discussion du projet Tirard, sur l'impôt des opérations de Bourse, « l'Information » révéla que, sur 360 intermédiaires connus, 133 seulement étaient Français. Cette révélation des origines des coulissiers impressionna beaucoup nos représentants ; et le projet Tirard fut voté.

En 1898, le même argument, habilement reproduit, amena le vote de l'amendement Fleury-Ravarin, contrairement à l'opinion générale, qui comptait sur une réorganisation législative du marché financier dans un sens libéral, et malgré les idées développées dans les travaux remarquables des financiers de cette époque.

Il est cependant malaisé de saisir le rapport qui peut

exister entre la spéculation et le patriotisme. Le patriotisme repose sur un sentiment essentiellement désintéressé, qui fait disparaître l'individu devant une collectivité, c'est-à-dire devant une abstraction. Il n'en va pas de même de la spéculation, qui est basée sur des prévisions raisonnées, et au sujet de laquelle l'intérêt personnel, l'amour du gain est le seul mobile qui guide l'individu. Il ne peut être question de conflit entre deux sentiments qui ont des origines si dissemblables. En raisonnant autrement, on taxerait de mauvais patriote un individu qui vendrait sa rente française pour acheter des fonds étrangers ; il faudrait interdire également aux agents de change d'accepter des ordres donnés par des étrangers, ou de consentir des ventes de rentes françaises en quantité telle que la baisse put en résulter.

La présence d'étrangers à la Bourse est au contraire favorable à notre marché. Elle facilite et augmente les transactions, en introduisant sur la place des valeurs internationales inconnues jusque-là. Leur négociation sert de débouché à l'épargne et facilite les paiements commerciaux. Or, c'est précisément la coulisse qui a su attirer les valeurs étrangères sur notre marché. Elle a, par là, accru notre influence sur les pays d'origine de ces valeurs, où, tout au moins, créé entre eux et la France des liens qui sont, pour l'avenir, les meilleurs gages de paix. C'est donc faire œuvre de bonne politique, pour un gouvernement, que de favoriser l'entrée

des valeurs étrangères sur son marché. L'argument du cosmopolitisme, produit en 1898, est donc mauvais.

En 1898, on fut encore impressionné par la campagne dirigée contre l'anti-sémitisme, et à laquelle la reprise de l'affaire Dreyfus avait donné un regain d'effervescence. Or chacun sait que le monde de la Bourse comprend environ 70 à 80 0/0 d'israélites, abstraction faite de la corporation des agents de change dont ils sont, à quelques rares exceptions près, délibérément écartés. Il n'en fallut pas davantage, à cette époque, pour justifier des mesures de rigueur.

Quoi qu'il en soit, la coulisse, instruite par les événements, a pris ses précautions, pour qu'on ne puisse plus lui reprocher son cosmopolitisme à la tribune. Depuis 1898, le Syndicat des banquiers à terme a décidé de ne plus accepter que des Français comme adhérents. Les étrangers antérieurement inscrits à la feuille ont été maintenus toutefois dans le syndicat ; mais, désormais, on ne peut entrer dans le syndicat sans être Français ; le marché compte donc un peu plus de naturalisés, ce qui n'équivaut pas toujours à un plus grand nombre de patriotes.

IV. — Bien souvent on a accusé les maisons de coulisse de se livrer vis-à-vis de leurs clients à des manœuvres dolosives, quelquefois même frauduleuses, en vue d'augmenter leurs bénéfices presque toujours considérables. Il est en effet des faits indéniables devant

lesquels les défenseurs les plus convaincus de la coulisse doivent s'incliner. C'est, d'une part, l'extraordinaire prospérité de la plupart des maisons de coulisse. D'autre part, ce sont les bénéfices extrêmement importants que réalisent ces maisons. Il n'est pas rare à la Bourse de Paris de voir des banquiers-coulistiers s'établissant avec une mise de fonds plus que modeste, devenir archimillionnaires en l'espace de quelques années seulement. Les esprits simplistes, peu au courant des choses de Bourse, ne peuvent admettre que de pareilles fortunes puissent être édifiées autrement que par des vols répétés.

Certes, il se peut que certaines maisons de banque, maisons de troisième et quatrième catégorie, ne faisant pas d'ailleurs partie du syndicat de la coulisse, se livrent à des abus de toutes sortes vis-à-vis de leurs clients. Le plus souvent il s'agit de maisons d'une durée toujours éphémère qui essayent d'écouler au public certaines valeurs industrielles d'aucun avenir, d'ailleurs, mais dont elles possèdent un stock important. Leurs procédés sont fort simples : ce sont d'abord des réclames alléchantes, soit dans les journaux financiers à vil prix qui inondent la province, soit même à la quatrième page de nos grands quotidiens. Celui-ci offre à grand renfort de tam-tam des revenus extraordinaires avec un capital dérisoire. Celui-là possède des renseignements absolument certains sur un prochain mouvement concernant une valeur et il se déclare prêt à les communiquer, moyennant finance s'entend. Tel autre opère avec

une couverture si faible qu'elle tente immédiatement les petites bourses, et permet également à ces intermédiaires de mauvaise foi, au moindre écart dans les cours, d'étrangler leurs clients sans rémission. D'ailleurs ils jouent d'autant plus à coup sûr, que, renseignés eux-mêmes sur les tendances du marché, ils conseillent invariablement à leurs clients l'achat de valeurs dont ils prévoient la baisse et *vice-versa*.

Ils pratiquent certaines combinaisons dites du fractionnement des opérations, du comptant différé, du covert système, autant de moyens ingénieux destinés à ruiner dans le plus bref délai leurs clients de passage. Leur durée étant forcément éphémère ils doivent opérer rapidement et réaliser leurs bénéfices le plus promptement possible. Tout va bien jusqu'au jour où quelque spéculateur malheureux, moins patient peut-être que les autres, dépose une plainte au parquet contre ces escrocs. La justice instruit l'affaire et c'est alors devant les tribunaux correctionnels un long défilé, combien triste, de petits capitalistes, de commerçants malheureux, qui espéraient trouver, grâce à une spéculation chimérique, la somme destinée à faire face aux échéances ; ce sont tour à tour des cultivateurs, des prêtres, des employés ou modestes fonctionnaires, cherchant tous, grâce au jeu, à accroître leur bien-être. Mais à côté de ces maisons louches, de ces tripots, il existe des maisons de coulisse fort honnêtes, ayant à leur tête des financiers d'un passé fort honorable. Ces maisons sont

pour la plupart fort anciennes ; elles jouissent d'un crédit très grand sur la place et le parquet lui-même arrête journellement avec elles des opérations fort importantes. Elles pratiquent souvent, il est vrai, la contrepartie, mais sans aucune manœuvre frauduleuse de leur part. Elles envoient chaque jour à leurs clients des circulaires, mais jamais elles ne leur donnent des conseils faussement intéressés. Le client est entièrement libre de prendre la position qui lui convient et que ces maisons lui procurent immédiatement aux cours actuels du marché. En un mot, les coulissiers qui sont à la tête de ces maisons travaillent fort honnêtement et cependant leurs fortunes s'accroissent, presque aussi rapidement que celles des tenanciers de tripots dont nous avons parlé plus haut. Leurs bénéfices proviennent également des pertes des clients malheureux. Dès lors on comprend facilement pourquoi, dans l'opinion courante, on ne fait guère de distinction entre ces deux catégories de maisons.

Quel est donc le secret de la prospérité de ces maisons ? Il est bien simple à découvrir. Point n'est besoin même d'être rompu aux opérations de Bourse. Il suffit d'étudier un peu la psychologie de l'individu qui spéculé à la Bourse. Apprend-il qu'une valeur est appelée à avoir une plus-value rapide, il se porte immédiatement acheteur à terme d'une quantité de titres, le plus souvent telle qu'il ne pourra lever les titres à l'époque de la liquidation. En un mot, il prend une forte position

à la hausse. La hausse survient-elle suivant ses prévisions ? il s'empressera de réaliser au plus tôt, c'est-à-dire de liquider sa position. Son gain le plus souvent sera minime, car l'on sait déjà que le mouvement de hausse est toujours lent à se produire. Le taux de la valeur sur laquelle il a spéculé est monté par exemple de 2 francs, en 24 heures, et il était acheteur de 500 titres. Dans l'espace de deux Bourses, il a donc gagné 1.000 francs, déduction faite toutefois des courtages d'achat et de vente. Contrairement à ses prévisions, la baisse survient — presque toujours subite, car les cours fléchissent en général plus rapidement qu'ils ne s'élèvent. Notre spéculateur va-t-il liquider sa position avec perte ? Il est plus que probable qu'il ne consentira jamais à payer une différence de 1.000 francs ; il s'entêtera le plus souvent dans ses prévisions et aura toujours foi en leur réussite finale. Mais la baisse s'accroît ; la liquidation sur ces entrefaites survient. Notre homme se fait reporter. D'où perception d'un double courtage qui vient d'autant augmenter ses pertes. Puis la couverture qu'il a déposée, en garantie de ses opérations chez son intermédiaire, est devenue insuffisante et celui-ci réclame un supplément de couverture. Mais la perte est trop forte pour sa bourse et notre homme est exécuté. Voilà le secret des fortunes colossales réalisées de tous temps par les maisons de coulisse. Acheteur à terme, le spéculateur en cas de hausse liquide sa position en se contentant d'un petit bénéfice immédiat. En

cas de baisse, seule une perte importante l'oblige à réaliser. Ajoutons à cela les nombreux courtages et les reports qui sont pour la maison une source constante de revenus, comparable, quoique en de moindres proportions, à la cagnotte des cercles où l'on joue. Ces courtages viennent ainsi régulièrement diminuer les bénéfices des spéculateurs ou le plus souvent augmenter leurs pertes. Point n'est besoin pour les maisons de coulisse de recourir à des moyens frauduleux, comme d'aucuns prétendent pour augmenter leurs bénéfices. Le spéculateur lui-même, guidé par sa nature dirige le jeu toujours dans un sens favorable à sa contre-partie, en l'espèce la maison de coulisse.

V. — Les adversaires de la coulisse invoquent un quatrième grief, la *contre-partie*, contre la coulisse. — Au cours de cette étude, nous examinerons le problème de la contre-partie au point de vue juridique ; dans ce chapitre, nous nous bornons à l'étudier au point de vue économique, et nous nous demandons en quoi l'usage de la contre-partie peut être préjudiciable au marché en général, et aux clients des coulissiers en particulier. La question du rôle économique de la contre-partie, étudiée et élucidée en Allemagne, depuis un demi-siècle environ, n'a été que sommairement examinée en France au point de vue scientifique. Ce ne fut qu'en 1898 que l'attention fut attirée sur ce point, par les notes que M. Wahl publia au « Sirey ». Ensuite, pa-

rut dans les « Annales de droit commercial » une étude de M. Albert Dreyfus sur le même sujet. Enfin, la question fut reprise dans des thèses, dont la plus importante est assurément celle de M. Lucien Morel (Lille, 1904).

Avant cette époque, la contre-partie n'était envisagée en France que comme un des procédés employés par un intermédiaire indélicat pour tirer de son client un profit illicite. La qualification de contre-partiste éveillait l'idée d'un intermédiaire de mauvaise foi, qui réalisait sur le dos de son donneur d'ordres des gains auxquels il n'avait pas droit. C'était le cas le plus courant de l'intermédiaire, qui, prévoyant qu'une valeur allait baisser, en conseillait l'achat à ses clients, se portait ensuite vis-à-vis d'eux vendeur à leur insu et réalisait de la sorte des bénéfices illégitimes. De pareilles manœuvres relèvent des tribunaux correctionnels. C'est la pratique courante employée par certaines maisons, dont les réclames alléchantes s'étalent à la quatrième page de nos journaux quotidiens, et qui causent des ravages considérables parmi les petits rentiers, surtout parmi ceux de la province.

Mais, négligeant cet aspect du sujet, nous n'envisagerons l'opération de contre-partie que dégagée des circonstances de fait, qui tendraient à vicier dès l'origine l'opération, comme entachée de fraude. Nous considérerons seulement le cas où le coulissier, c'est-à-dire le commissionnaire en Bourse, ayant reçu d'un client un ordre d'achat d'un certain titre, ne recherche

pas un tiers contractant et se porte personnellement vendeur vis-à-vis de son client, parce qu'il possède personnellement les titres ou parce qu'il a l'espoir de se les procurer. En agissant ainsi, le commissionnaire ne viole-t-il pas les règles de sa profession ? En un mot, le coulissier a-t-il le droit de se porter contre-partie. Cette question, qui est d'ordre juridique, sera examinée par la suite ; pour l'instant, il nous suffit de constater que la contre-partie s'est implantée sur le marché de Paris, qu'elle est entrée dans les mœurs de la Bourse et qu'elle est couramment pratiquée, et quelquefois d'une manière exclusive par certaines maisons de coulisse.

Quoi qu'en pensent certains adversaires de la contre-partie, celle-ci n'a pas été directement importée d'Allemagne par les banquiers germains dont, suivant eux, se compose en majeure partie la coulisse. Son apparition n'est pas due à une cause fortuite. Elle répond à un besoin d'actualité ; c'est une conséquence de l'évolution de la commission, c'est-à-dire du rôle des commissionnaires sur le marché des valeurs. Cette évolution économique a ouvert un champ d'action nouveau à la commission, en étendant jusqu'à ses extrêmes limites le rôle du commissionnaire. Des trois personnes qui interviennent théoriquement dans la commission, le commettant, le tiers contractant et le commissionnaire, ce dernier occupe une place si importante en s'interposant entre les deux autres que ceux-ci s'ignorent. La commission en Bourse a fini par constituer ce qu'on

a appelé, suivant une expression imagée, le *mandat opaque*.

Toutefois il faudrait se garder de penser que ce rôle prépondérant du commissionnaire ne puisse être acquis qu'aux dépens du commettant ou du tiers contractant ; c'est, au contraire, une conséquence toute naturelle du but de la commission. Le commettant veut avant tout s'effacer devant son commissionnaire, et, partant, ignorer le tiers contractant. Il y a d'ailleurs tout intérêt ; en agissant ainsi, il profite du crédit du commissionnaire, qui est très souvent considérable sur la place ; puis, en exigeant de la part de son commissionnaire que celui-ci prenne la qualité de *ducroire* (ce qui est devenu un usage en matière d'opérations de Bourse), le client a soin d'éviter le risque d'une insolvabilité possible du tiers contractant. L'exécution du marché est ainsi garantie par le commissionnaire de la manière la plus complète.

Dans ces conditions, on comprend facilement la prétention émise par les commissionnaires de se porter contre-parties, toutes les fois que leurs commettants ne leur interdisent pas expressément cette faculté. Certains auteurs prétendent même qu'avec la clause de *ducroire* on peut assimiler la commission de vente à une vente, sous la condition suspensive de trouver un sous-acheteur. Cette opinion paraît excessive en droit, car le commissionnaire *ducroire* reste bien comme tel soumis aux obligations du mandataire, entre autres à celle d'agir au mieux des intérêts du mandant, et de rendre

compte. Cependant, cette manière de voir est conforme, dans la plupart des cas, au résultat que se proposait le commettant.

Peu lui importe l'existence d'un tiers, sa solvabilité, ou la manière dont l'opération a été traitée, pourvu que le résultat économique qu'il cherchait, c'est-à-dire l'acquisition d'une somme d'argent en échange de titres ou de titres en échange d'argent, ait été obtenue aux conditions normales du marché. Le commettant ne se préoccupe jamais du tiers ; dès lors, le commissionnaire prendra facilement à son tour l'habitude de s'en passer, et se portera lui-même contre-partie. S'il conclut l'affaire honnêtement et aux conditions actuelles du marché, on ne voit pas quel préjudice il pourrait causer à son client. D'ailleurs, à la Bourse des valeurs surtout, il est matériellement impossible au commissionnaire de trouver une contre-partie distincte pour chacun des ordres qu'il reçoit de ses clients. Chaque jour, les ordres affluent dans sa maison, transmis le plus souvent par un nombre considérable de clients, la plupart clairsemés dans la province. Et alors, pour plus de simplicité et partant plus de rapidité, il va réunir tous les ordres qu'il fait siens, et opérer en son nom avec d'autres intermédiaires, ses confrères, qui ne veulent traiter, d'ailleurs, qu'avec lui en raison du crédit considérable dont il jouit sur la place. Sans son assistance, ses clients ne pourraient jamais effectuer leurs négociations sur le marché. Il doit donc disposer de la plus grande liberté pour exé-

cuter les ordres reçus, sauf à agir de son mieux, pour mériter en échange la confiance de ses clients.

Le rôle du commissionnaire en Bourse consiste surtout à faciliter l'accès du marché à ses commettants, en traitant l'affaire en son nom personnel. Lui seul doit être juge du choix des moyens.

D'ailleurs le cours de Bourse sera toujours pour le donneur d'ordres un instrument de contrôle suffisant pour s'assurer que les opérations ont été pratiquées au mieux de ses intérêts.

Mais, peut-on objecter, en faisant la contre-partie, le commissionnaire a vicié le cours de la Bourse, puisqu'il n'a pas porté sur le marché l'offre d'achat ou de vente de son commettant ? C'est là une constatation exacte ; mais, en agissant ainsi, le commissionnaire a encore opéré dans l'intérêt de son client, dont les ordres d'achat ou de vente n'eussent pas manqué de produire sur le marché, surtout s'ils étaient considérables, des mouvements de hausse ou de baisse fort préjudiciables à ses intérêts. Le coulissier, en se portant contre-partie, à procuré d'abord à ses clients un cours plus avantageux ; d'autre part, il a évité, pour le plus grand bien d'un nombre considérable de spéculateurs, des mouvements désordonnés de baisse ou de hausse qui n'eussent pas manqué de jeter la perturbation sur le marché.

Le coulissier contre-partie apparaît donc comme un régulateur du marché, d'un rôle essentiellement bienfaisant. Sans doute, les cours ayant été momentanément

faussés, il est hors de doute que le contre-partiste a nui à quelques opérateurs, qui comptaient tirer profit d'un mouvement accentué de hausse ou de baisse. Mais, toute institution ayant ses imperfections, il suffit, pour l'apprécier, de constater qu'elle est utile au plus grand nombre.

Il convient de remarquer, d'ailleurs, qu'en présence de la quantité considérable d'offres, d'achats ou de ventes qui sont adressés aux agents de change, ceux-ci se trouvent dans l'impossibilité matérielle de faire exécuter ces ordres sur le marché, où ils ne rencontrent pas toutes les contre-parties nécessaires pour absorber leurs ordres. Trop étroit, en effet, est le marché du parquet ; la meilleure preuve en est dans les négociations quotidiennes que le parquet entame avec la coulisse. Lorsque les agents de change ont une grande quantité de valeurs et surtout de rentes à négocier, ils s'adressent invariablement à leurs frères ennemis : les coulissiers. Le moment paraît donc opportun de réformer le marché financier dans le sens d'un élargissement, et de mettre fin du même coup à tous les procès que soulèvent le privilège des agents de change et l'exception du défaut de contre-partie.

Du moment que les coulissiers ont un rôle utile, pourquoi ne leur accorder qu'une situation inférieure à celle de la corbeille ? S'il en était ainsi, on n'assisterait pas à ce spectacle écœurant, au début de 1907, donné par les poursuites devant les tribunaux correc-

tionnels, de coulissiers qui se sont portés vendeurs directs de valeurs cotées au parquet, valeurs qu'ils ne possédaient pas encore au moment de la conclusion du marché (Cass., 21 mars 1898 ; circ. Enregistrement, 31 mai 1898). La Chambre syndicale, jalouse d'un monopole aussi étendu se porte partie civile dans ces instances, alors que chaque jour, dans l'enceinte de la Bourse, comme dans les restaurants avoisinants, les fondés de pouvoir des agents de change cherchent à arrêter des affaires avec les coulissiers ou avec leurs représentants. C'est ainsi qu'au moment où nous écrivons (février 1907), alors que, depuis plusieurs mois, les valeurs de cuivre, et, en particulier le Rio-Tinto, subissent une hausse considérable, mais aussi se livrent chaque jour à des bonds effrénés, en raison précisément de l'étroitesse du parquet, les commis principaux des agents de change ne cessent de chercher parmi les coulissiers des contre-parties à leurs ordres d'achats. Ainsi apparaît l'utilité manifeste de la coulisse pour le public, voire même pour les agents de change. Et cependant ces intermédiaires si utiles à tous sont constamment inquiétés par les uns, les particuliers qui cherchent à ne point payer leurs différences ; par les autres, les agents de change, qui, tout en ayant recours à leurs services, ne voudraient voir en eux que de simples courtiers, chargés de rabattre le plus grand nombre d'affaires vers le parquet. Ces affaires, d'ailleurs, devraient être préparées à l'avance par le coulissier qui aurait au

préalable trouvé les deux parties contractantes, c'est-à-dire vendeurs et acheteurs. Le rôle de l'agent de change se bornerait alors à constater sur un bordereau spécial, délivré par lui, l'accord des deux parties. Un tant pour cent calculé d'après le montant des opérations serait ensuite prélevé par l'officier ministériel. D'ailleurs, la loi du 13 avril 1898 qui oblige le coulissier de reporter après Bourse sur le carnet d'un agent de change les opérations qu'il a pu faire pendant la séance sur valeurs cotées au parquet, aboutit tout à fait à un pareil résultat.

Défendre de nos jours encore le privilège des agents de change, ce n'est pas, comme d'aucuns le prétendent, vouloir assurer aux spéculateurs de solides garanties en vue de leurs opérations, mais conserver au profit de quelques-uns, et au détriment de la collectivité, un monopole exceptionnel, qui ne se justifie plus, et qui se traduit par un simple prélèvement d'impôts.

Les agents de change ne luttent plus aujourd'hui avec tant d'acharnement que pour la vente de leurs bordereaux, sorte de papier timbré qui bénéficient de certains privilèges, lorsqu'on les produit en justice : ce papier, ils ne demandent qu'à l'écouler, mais contre espèces. Cependant la nature des opérations ne peut changer suivant qu'elles sont transcrites sur un bordereau d'agent de change ou sur la feuille d'un coulissier. Lorsque, dans la pratique des affaires, deux particuliers passent entre eux un contrat, ils doivent, dans certaines

circonstances, se servir de papier timbré, et parfois aussi recourir à l'enregistrement en vue d'une production en justice. Des impôts sont perçus, mais la valeur de ces actes a-t-elle changé ? Assurément non. Aujourd'hui, le privilège des agents de change n'est plus qu'un privilège comparable à celui de la vente du papier timbré par l'Etat. Il serait temps de songer à l'avenir ; car, à l'opposé du timbre et de l'enregistrement qui sont des impôts profitables à l'Etat, c'est-à-dire finalement à l'ensemble des contribuables, le monopole des agents de change n'est utile qu'à un très petit nombre de privilégiés, qui se retournent contre la masse.

En définitive, ce qui est indispensable pour assurer le fonctionnement de la loi de l'offre et de la demande, laquelle gouverne le commerce en général, et en particulier le commerce des valeurs, c'est la liberté presque sans restriction. Toute restriction introduite dans cette matière ne peut que vicier cette loi, et produire des résultats diamétralement contraires à ceux qu'on était en droit d'en attendre. C'est ainsi que, le 20 février 1904, lorsque la rente était tombée brusquement à 93 fr. 15, perdant ainsi 6 francs en quelques jours, une entente se produisit entre le ministre et le parquet, pour enrayer cette baisse subite. Les ventes à découvert étant incriminées d'être la cause de ce krach, le ministre des finances essaya de les supprimer en mettant en demeure les agents de change d'exiger des vendeurs à découvert une couverture tellement importante que toute spéculation

devenait impossible. Pour enrayer les ventes, le parquet poussa même les mesures pseudo-protectrices encore plus loin : et on assista en Bourse à ce spectacle unique de voir les banquiers ayant les titres en mains, ou les numéros de ces titres, s'entendre refuser la vente par les agents de change.

Des manœuvres aussi artificielles en vue de rendre au marché sa marche normale devaient forcément aboutir à vicier, aussi, profondément la loi de l'offre et de la demande. Toute réglementation est contraire au droit de la Bourse. Les maux trouvent en eux-mêmes leurs remèdes : une baisse, survenant le plus souvent après une hausse exagérée, produit un effet salutaire sur les cours qu'elle tasse heureusement. Toutes les réglementations forcément artificielles, introduites dans le mécanisme des opérations de Bourse, qui ne peuvent être régies que par des lois économiques, sont de nature à préjudicier à la marche des affaires.

En ce qui concerne spécialement la pratique de la contre-partie, il suffit de constater qu'elle a, depuis plusieurs années, acquis droit de cité, à la Bourse de Paris, en tant que exécution des ordres de Bourse, pour la légitimer. Dès lors que cette pratique profite à l'ensemble du marché, il convient de l'accueillir comme ayant la force juridique d'un usage commercial.

Quant au reproche que lui adressent certains auteurs, qui l'accusent de fausser les cours, on peut répondre que :

1° Lorsque le commissionnaire arrête un ordre d'acheter, c'est-à-dire se porte vendeur de la même quantité qu'on lui offre, il ne fait qu'annuler l'ordre d'achat. Ces deux forces égales se sont mutuellement contrebalancées. Quoi de plus juste et de plus simple. Ce même phénomène ne se serait-il pas produit de la même façon sur le marché officiel ? L'agent de change n'applique-t-il pas des ordres de vente à des ordres d'achat de même quantité ? Le coulissier agit de même, et, lorsque les ordres ne se contrebalancent pas exactement, c'est-à-dire lorsque le coulissier n'est disposé à se porter contre-partie que pour moitié, il porte l'excédent sur le marché. En fait, cet excédent est le plus souvent considérable, car, à chaque liquidation il se produit dans des maisons importantes de coulisse où l'on pratique pourtant la contre-partie, des mouvements de titres qu'on peut facilement évaluer à plusieurs millions.

Cet excédent prouve encore une fois que la loi de l'offre et de la demande, sur laquelle repose le principe de toutes les opérations de Bourse, est finalement respectée, malgré la pratique constante de la contre-partie, qui agit d'une façon bienfaisante sur le marché en absorbant en partie les offres d'achat ou de vente trop importants.

2° Si cependant, en raison de l'usage continu de la contre-partie, c'est-à-dire par suite de ces absorptions presque automatiques des ordres d'achat, ou de vente,

les cours se trouvaient momentanément faussés, il n'y aurait pas lieu de s'en plaindre. En effet, il est indiscutable que la spéculation est entrée dans nos mœurs. La plupart des portefeuilles contiennent du papier, qui, souvent, n'a qu'un caractère bien aléatoire. Par leurs ramifications infinies, les grands établissements de crédit ont répandu jusque dans les plus humbles bourgades le goût des valeurs mobilières. Le nombre sans cesse croissant de leur clientèle prouve leur utilité : bourgeois, petits rentiers, paysans, tous sont venus à ces valeurs. Mais, il est évident que, renseignés aux mêmes sources, ils subissent tous les mêmes entraînements, à l'annonce d'un événement heureux ou malheureux. De là des mouvements brusques de hausse ou de baisse ; et, si les coulissiers ne se portaient pas contre-parties, c'est-à-dire, suivant le cas, acheteurs ou vendeurs à découvert, il en résulterait des krachs continus à la baisse ou à la hausse. Les cours tomberaient même souvent dans le vide, pour le plus grand préjudice du marché et la ruine de la petite épargne.

En somme la coulisse, par les différentes opérations qu'elle accomplit (vente à découvert, contre-partie, etc.) joue un rôle bienfaisant dans les opérations à terme. On ne saurait donc l'incriminer, en ajoutant qu'elle trouve un intérêt personnel à la contre-partie. Les coulissiers disposent en effet de capitaux considérables, qu'ils désirent faire fructifier en se portant contre-parties. Ce ne sont pas seulement de simples intermédiairei-

res ; ils opèrent aussi pour leur propre compte, ou, le plus souvent, pour le compte de sociétés qui constituent leurs maisons. Ils peuvent ainsi posséder les valeurs que désirent acheter leurs clients. Rien de plus naturel alors qu'ils les leur appliquent. Bien souvent aussi, et quoique ne détenant pas ces valeurs, ils se portent cependant vendeurs, espérant se les procurer plus tard, en temps utile, c'est-à-dire lors de la liquidation, ou encore en prenant la position d'acheteurs à terme vis-à-vis d'un de leurs confrères.

L'opération de contre-partie prend ainsi un double aspect : le commissionnaire livre des titres qu'il possédait déjà avant la réception de l'ordre. C'est un procédé de simplification, puisqu'il dispense le commissionnaire de chercher un tiers contractant. Dans le second cas, le commissionnaire, n'ayant pas les titres en sa possession, est obligé de s'adresser à un tiers qui les lui procure, mais il déclare à son commettant que lui seul est vendeur. Le premier mode de procéder est admis par tous, grâce à la conception large de la fonction de commissionnaire, qui s'impose aujourd'hui. Tel était déjà l'avis d'auteurs fort anciens (Casarégis, *Discursus*, 197, n° 22 : Rote de Gênes, *Decisiones* ; Ansaldo, *Discursus legales de commercio et mercatura*, *Discursus* 31 ; Savary). Bien entendu, les coulissiers ne peuvent, par suite de prohibitions légales, opérer ainsi sur des valeurs cotées ; mais, au point de vue économique, ils devraient avoir ce droit.

Dans le second cas, on admet plus difficilement la contre-partie ; car, d'après certains auteurs, le gain du commissionnaire ne peut se justifier, comme dans la première hypothèse, où, ayant acheté les titres auparavant, il avait couru les risques et avait droit à des bénéfices. Toutefois, ce n'est pas là une bonne raison ; car, en se portant vendeur à découvert, le commissionnaire court encore plus d'aléas que lorsqu'il a les titres en sa possession. Au lieu de rechercher sur le marché à son client une contre-partie, qu'il eût peut-être difficilement trouvée, il se porte directement lui-même contre-partie des ordres de son client. Il lui procure ainsi la position cherchée par ce dernier. Les cours peuvent, dans la suite, devenir favorables à l'un comme à l'autre, et l'on comprend difficilement qu'on puisse refuser au commissionnaire les bénéfices résultant de ses négociations, faites avec risques.

On oppose sans doute le droit strict, les textes anciens, qui ne répondent plus aux besoins ni aux usages. On invoque la qualité de mandataire qui prédomine chez les coulissiers ; comme tels, ils seraient soumis à toutes les règles rigides du mandat. Ils devraient agir au mieux des intérêts de leurs mandants, leur rendre compte de leurs opérations et leur en communiquer tout le profit. Nous considérons, au contraire, comme regrettable que les tribunaux favorisent trop souvent par leurs jugements une pareille équivoque. Les commissionnaires ont cessé depuis longtemps d'être consi-

dérés par leurs donneurs d'ordre comme des mandataires. Seuls, les agents de change sont obligés par un texte précis, à n'être que des intermédiaires impartiaux, privés du droit d'opérer pour leur propre compte. Mais, tous les autres doivent, sauf convention contraire, être considérés comme de simples particuliers, comme des commerçants, qui ne doivent répondre envers leurs clients que de leur fraude ou de leur vol. On peut d'autant plus facilement interpréter ainsi leurs fonctions, qu'aucun texte ne leur impose de règle. Pourquoi donc chercher à les enserrer dans une réglementation précise, qui n'a pas été édictée pour eux ? Nous sommes en matière commerciale, où il convient d'écarter les principes stricts du droit civil. Les usages doivent prédominer. Or, dans la pratique, comment agit le commissionnaire en Bourse, pour exécuter les ordres qu'il a reçus ? Ces ordres lui sont transmis en quelques heures par lettres, télégraphe, téléphone ou même de vive voix. Pour plus de rapidité, il réunira tous ceux de même nature, et exécutera le tout, soit en bloc, soit par fractions, suivant qu'il le jugera convenable. Il va sans dire qu'il ne perdra pas son temps à rechercher pour chacun de ces ordres une contre-partie.

Dès lors, comment pourrait-il compter à chaque donneur d'ordre un prix exact et le faire ainsi profiter des bénéfices résultant de la différence des cours ? Il se contentera de faire une moyenne entre les prix différents auxquels il aura traité pendant la séance, sans dis-

tinguer entre les individus qui lui auront transmis des ordres. Par suite, il lui sera matériellement impossible de rendre un compte absolument exact à son commettant ; et, malgré sa meilleure volonté, il ne pourra faire profiter son client des avantages que celui-ci est en droit de proclamer d'après les principes stricts du mandat, que d'aucuns voudraient étendre au commissionnaire en Bourse.

Toutes les équivoques en cette matière cesseront, le jour où l'on reconnaîtra que le rôle du commissionnaire en Bourse ne consiste pas en un mandat strict, dont le but serait de rapprocher les individualités, mais à rendre le marché des valeurs accessible à des milliers d'individus qui, sans lui, en seraient écartés. Comme le remarque justement M. Dreyfus, « la vérité est que le commissionnaire est l'intermédiaire entre le public pris *in globo* et le marché. Il draine les volontés financières éparses dans la foule, il les fait siennes, et les porte à l'endroit où toutes les volontés financières sont amenées à converger ».

Telles sont les considérations qui devraient inspirer les tribunaux, lorsqu'ils sont appelés à trancher les conflits qui s'élèvent entre les coulissiers et les donneurs d'ordres, en attendant que le législateur ait fixé dans un texte ce qu'une pratique quotidienne consacre.

Enfin, sur la contre-partie, il faut se demander si elle ne serait pas une source particulière d'abus, ainsi que beaucoup le prétendent. Rappelons à ce propos

qu'en Allemagne des mesures ont été prises pour corriger dans la mesure du possible les abus résultant du « selbsteintritt ». Le législateur de 1893 a modifié l'article 376 du Code de commerce allemand de 1861 qui avait consacré la validité de la contre-partie. Nous examinerons ces différents abus, qui ont été invoqués par la commission d'enquête sur les Bourses, et nous essayerons de démontrer qu'ils peuvent exister, même en l'absence de contre-partie.

Pour les nommer rapidement, ces abus sont d'abord la taille des cours, avec, le plus souvent, comme variante, la spéculation sur le dos du commettant, la *carotte*, en argot de Bourse. Un commissionnaire ayant reçu l'ordre d'acheter un certain nombre de titres d'une même valeur, s'est déclaré « selbstktrahent », c'est-à-dire vendeur direct vis-à-vis de son commettant. « La valeur demandée a fait successivement dans la même séance, 96, 102, 105, puis finalement 96. Le commissionnaire, qui a pu se porter acheteur d'un tiers à 96, revendre à 102, et racheter à 102, comptera-t-il à son commettant le cours le plus élevé, soit 105 ? Cette manière de procéder, considérée comme malhonnête pour tout intermédiaire qui n'aurait pas le droit de faire des opérations pour son propre compte (tels que les agents de change, en France), peut, au contraire, être légitime, lorsqu'il s'agit d'un commissionnaire quelconque, qui a le droit d'opérer aussi bien en son nom propre qu'au nom de tiers. En effet, comment fixer l'ordre

suivant lequel doivent être faites les opérations personnelles d'un commissionnaire et celles d'autrui ? Pourra-t-on jamais savoir si c'est à 96 ou à 105 qu'il s'est porté acheteur pour son propre compte ou pour le compte de son client ? Jamais la preuve du « schnitt » ne pourra être rapportée, car il faudrait démêler les intentions du commissionnaire et pénétrer sa volonté, fait purement subjectif et interne. La pratique du schnitt peut-elle donc être imputée à l'ancien article 376 du Code de commerce allemand, qui autorisait la contre-partie ? Il est permis d'en douter, surtout si l'on examine ce qui se passe en France, où la contre-partie est bien loin d'avoir reçu une consécration officielle et légale. On sait, en effet, que, dans nos plus gros établissements de crédit, comme dans nos plus humbles banques, tout ordre d'achat est toujours exécuté au plus haut cours, et tout ordre de vente au plus bas, qu'il s'agisse d'ailleurs, de valeurs inscrites à la cote officielle, c'est-à-dire négociées par l'intermédiaire des agents de change, ou bien de valeurs appartenant au marché en banque, qui ressortent du domaine de la coulisse. Y a-t-il eu schnitt ? Et au profit de qui ? Le commettant ne sera jamais en mesure de la prouver. Le schnitt, dans bien des cas, peut profiter non pas à l'intermédiaire, mais à des clients qui ont donné des ordres en même temps que les siens.

Nous savons en effet que, lorsqu'une maison reçoit des ordres nombreux concernant la même valeur, elle

se voit dans l'obligation d'échelonner ses ventes par fractions durant la séance ; de plus, ne pouvant assigner à chaque ordre de contre-partie distincte, elle fait une moyenne des cours pratiqués dans la journée, et la compte à tous les donneurs d'ordre indifféremment. Certains d'entre eux ont donc été lésés. Cette façon d'agir, qui est cependant un procédé correct, que le mécanisme de la Bourse impose aux intermédiaires, n'est-elle pas aussi un schnitt atténué ? En tout cas, c'est la démonstration de cette vérité qu'un ordre d'achat ne peut jamais être exécuté au plus bas cours, ni un ordre de vente au plus haut cours. C'est une conséquence de l'arbitrage, et il n'y a pas lieu de se plaindre. Mais, lorsque les spéculateurs reçoivent des avis d'exécution, mentionnant invariablement leur vente exécutée au plus bas cours, et leurs achats au plus haut cours, ils n'ont plus de doute à ce sujet ; l'intermédiaire a taillé dans les cours, et peut-être spéculé sur le dos de son commettant (1).

Et l'expérience des affaires de Bourse établit que cette façon de procéder n'est pas spécialement réservée aux coulissiers contre-partistes. La carotte est pratiquée partout, aussi bien chez les agents de change que chez les coulissiers. C'est un mal endémique, qui tient aux différences des cours pratiqués dans la journée ; seulement les coulissiers s'y livrent directement, tandis que les

(1) « Am Kursen schneiden und auf dem rücken des kommittenten speculieren. »

agents de change se servent d'hommes de paille. La contre-partie n'est pas la seule source de pareils abus, comme certains le prétendent ; la mauvaise foi des intermédiaires, quels qu'ils soient, est la seule cause de pareils agissements.

D'ailleurs, ces procédés répréhensibles ne sont pratiqués que par des maisons qui confondent trop volontiers leur patrimoine avec celui de leurs clients ; pour eux, la commission n'est plus une fonction principale ; elle n'est qu'un commerce accessoire, propre à leur amener des capitaux susceptibles de servir à leurs propres opérations.

En résumé, la contre-partie est un mode d'exécution des ordres de Bourse qui répond aux nécessités actuelles du marché, et qui, entre les mains d'intermédiaires honnêtes, offre à la fois des avantages aux donneurs d'ordre, et plus de souplesse au marché qu'elle allège. Peut-être la contre-partie n'a-t-elle encore de nos jours tant d'adversaires que parce que ce mot sonne mal à nos oreilles ; il éveille, en effet, l'idée d'une lutte entre l'intermédiaire et son client, lutte inégale dès l'origine, de par la position plus avantageuse du premier sur le marché, qui est le terrain de la spéculation, sur lequel le combat doit se livrer. Combien il serait préférable, selon nous, de remplacer cette expression « se porter contre-partie », par cette autre, « arrêter des ordres ». Arrêter un ordre d'achat de 100 Rio, à 2.333 voudrait dire : « Se porter vendeur direct de ces valeurs à ce

cours. » Si les intermédiaires s'intitulaient non plus « coulissiers », mais « banquiers de valeurs à terme », et donnaient au courtage qu'ils prélèvent sur les opérations de leurs clients le nom de « bonification », il est hors de doute que, du même coup, disparaîtraient bon nombre d'adversaires de la coulisse et de la contre-partie.

Nous avons relevé successivement les différents griefs formulés communément par les adversaires de la coulisse, et nous avons vu que, le plus souvent, leurs propres arguments se retournent contre eux. En recherchant l'origine de la coulisse, nous avons été amené à examiner celle des agents de change, et nous avons constaté qu'elle se dressait comme un argument des plus décisifs contre leur monopole. En appréciant le reproche de baissiers si souvent adressé aux coulissiers, nous avons montré de quelle utilité était, pour le marché, la présence de nombreux vendeurs à découvert. La contre-partie elle-même n'est pas une pratique condamnable. Il n'est pas, enfin, jusqu'au cosmopolitisme lui-même (qui, cependant, devrait être proscrit d'un débat financier), dont on ne puisse démontrer les bienfaits sur le marché des valeurs en Bourse.

Il y a plus : et le rôle de la coulisse n'est pas seulement de protéger le marché, en cas de danger ; elle est mieux qu'un régulateur de notre Bourse ; bien souvent elle est appelée à jouer un rôle actif de premier plan. Elle devient ainsi créatrice. C'est elle qui, le plus sou-

vent, lancé les émissions de nouveaux titres, en opère la diffusion, grâce à des opérations multiples et variées, jusqu'à leur classement définitif. La coulisse facilite les affaires commerciales ou industrielles. Ses membres, pour la plupart financiers expérimentés, apportent leur précieux concours aux conseils d'administration de ces entreprises.

N'est-ce pas, d'ailleurs, dans cette pépinière de banquiers-coulistiers que le parquet lui-même vient recruter ses membres ? Rompus aux affaires de Bourse, parfaitement renseignés sur l'état du marché, ils indiquent le moment propice au lancement des émissions. Combien d'entreprises commerciales et industrielles ont avorté dès l'origine, pour avoir procédé à des émissions inopportunes ? Mais la valeur, une fois créée, ne passe pas immédiatement dans le portefeuille du rentier. Avant d'être définitivement classée, elle va subir des manipulations, elle sera l'objet de négociations quotidiennes, qui élargiront amplement son marché. Les titres, avant leur classement définitif, devront flotter, et ce sera la coulisse qui en devra supporter le poids. Dès qu'une émission est annoncée, concernant les affaires commerciales ou industrielles, voire même souvent des emprunts d'Etat, la valeur nouvelle à ses débuts se négocie en coulisse. Elle peut être offerte à perte, c'est-à-dire au-dessous de son prix d'émission ou avec prime, c'est-à-dire au-dessus de sa valeur nominale à l'émission. A ce moment, elle n'est point encore ins-

crite à la cote officielle ; elle est négociée en coulisse à l'émission. Ses opérations préparent ainsi le marché de la valeur et lui procurent une force et une vitalité qui manqueraient sans elles.

Avant que le public s'intéresse à la valeur, les coulisiers s'adjuent ainsi un fort stock de titres et se livrent entre eux à des opérations répétées. Leur rôle, à cet égard, et, en particulier, pour notre rente, a été d'une importance telle que tous les ministres des finances, ont dû bien souvent, à la tribune des Chambres, rendre hommage à leurs services. Nous n'en prenons pour exemple que les événements de 1871 ; l'Etat, pour pourvoir aux conséquences désastreuses de la guerre, et aussi en vue de l'exécution de grands travaux publics, adressa des appels répétés au public. Deux emprunts, qui s'élevaient à 5 milliards 500 millions, furent successivement émis. Les Banques épuisèrent leurs disponibilités pour faire face aux premiers versements. Elles prirent ainsi à leur charge une quantité considérable de titres flottants, qui ne trouvaient pas encore acquéreurs sur le marché. Or, pour soutenir le poids de ces titres, elles furent obligées de se faire reporter pendant fort longtemps, jusqu'à ce que l'épargne renouvelée, fut à même d'acheter. On aperçoit par là la puissance du concours de la coulisse ; elle évita en 1871 de graves embarras au pays, et put ainsi avancer l'heure de la libération de notre territoire. De plus, le succès de cet emprunt donna à toutes les nations une confiance

inébranlable dans notre crédit, et dans nos ressources financières,

M. Thiers témoigna souvent à la coulisse sa reconnaissance. M. Pauliat, rapporteur au Sénat, en 1896, de la proposition de loi de MM. Trarieux et Boulanger, a justement reconnu que, dès ce jour, la coulisse avait acquis droit de cité. Mollien avait déjà rendu justice, sous Napoléon, à la coulisse : plus tard, c'est M. de Villèle, qui déclare, à la séance de la Chambre des députés, du 30 avril 1824, qu'elle est irrémédiablement liée au système de crédit suivi jusqu'alors.

A cette époque, d'ailleurs, la coulisse commence à s'organiser. La Restauration, avec le rétablissement de la paix, amène la reprise des affaires. Elle s'occupe, à cette époque, exclusivement de la rente française ; mais, sous le règne de Louis-Philippe, lors de la création des chemins de fer, la coulisse va prendre encore plus d'extension. Le parquet, en effet, ne pouvait accepter, pour les négocier, que des actions de compagnies définitivement constituées, et libérées au moins de moitié. Or, d'après la législation en vigueur à cette époque, une société anonyme ne pouvait être régulièrement formée, sans qu'une ordonnance royale, rendue en Conseil d'Etat, eût confirmé les statuts. D'où une perte de temps, qui se prolongeait souvent près de deux ans. Pendant cet intervalle, la coulisse négociait les promesses d'actions ou les actions provisoires et les titres se répandaient ainsi dans le public.

Nombreuses ont été les valeurs que la coulisse a lan-

cées et qui aujourd'hui occupent le premier rang à la cote officielle des agents de change. Mais le parquet a peu à peu retiré du marché en banque les meilleures valeurs. C'est ainsi que le Rio, une des gloires de la cote officielle, fut d'abord traité seulement en coulisse, avant de passer à la corbeille. Il en fut de même des fonds ottomans, de la Banque ottomane, de l'Extérieure espagnole. Les fonds russes, qui eurent leur heure de célébrité, furent abandonnés aux agents de change par les coulissiers en 1892 à la suite d'un *modus vivendi* passé entre le parquet et la coulisse. On peut même affirmer que, s'il reste encore quelques bonnes valeurs sur le marché en banque, c'est parce qu'elles ont un taux nominal ou d'émission inférieur à 100 francs (décret du 7 octobre 1890). Presque toutes les actions minières sont dans ce cas, et c'est ce qui explique que le marché des mines soit presque exclusivement réservé à la coulisse. Encore bien souvent le parquet a-t-il essayé de tourner la difficulté ; c'est ainsi que, lors de la mort de Cecil Rhodes, une nouvelle valeur, officiellement patronnée par notre parquet fut créée, la « Central-Mining ». Etant émise à un taux nominal de 100 francs, elle pouvait ainsi être traitée à la corbeille. Or, on savait très bien, en Bourse, que le portefeuille de cette nouvelle société, qui avait pour but le trust des mines, ne contenait que des valeurs patronnées autrefois par Cecil Rhodes, telles que « Chardered » et autres, toutes d'un taux nominal d'une livre sterling.

Ces fréquents accaparements de la corbeille ont souvent amené dans la coulisse une certaine gêne ; malgré ces procédés, la coulisse n'hésite pas à continuer ses services aux entreprises qui se fondent ; souvent même on lui reproche d'accueillir sur son marché des valeurs peu sûres ; nous concédons que ce grief est parfois fondé ; mais le parquet lui-même n'a-t-il pas fréquemment prêté son appui à un nombre respectable de valeurs dont les destinées éphémères ont été loin de répondre aux espérances de l'épargne. Le rôle bienfaisant de la coulisse n'apparaît pas seulement au moment des émissions ; son action salutaire s'exerce chaque jour ; il en est ainsi, même à l'égard de la rente française (qu'on a coutume de considérer, à tort, d'ailleurs, comme le baromètre de la prospérité du pays). Il est certain que toutes les grosses opérations à terme sur notre rente se font en coulisse.

Il existe, en effet, un marché de la rente à terme, formé d'un certain nombre de banquiers-coulistiers, qui se tient, pendant les heures de Bourse, à gauche de la corbeille. Les échanges s'y effectuent de 11 h. 3/4 à 4 heures. Il est établi à midi un premier cours, indépendant de celui du parquet, et un dernier cours à 3 h. 1/2 est communiqué aux journaux du soir.

La coulisse des rentes, par le nombre et la variété de ses opérations, donne de l'ampleur au marché, et contribue à maintenir les cours. C'est surtout au moment des crises financières qu'apparaît son action bienfai-

sante ; lorsqu'à l'annonce de mauvaises nouvelles venant de l'extérieur, le public, pris de panique, vend en bloc, qu'advierait-il, si, en l'absence d'acheteurs, les coulissiers n'absorbaient pas presque invariablement la plus grosse partie des titres déclassés ? Les cours tomberaient dans le vide, et l'on assisterait à un effondrement de notre rente, qui entraînerait dans sa chute de nombreuses valeurs dont le sort est lié au sien. De même, en cas de conversion, la spéculation soutient à elle seule le poids des titres déclassés qui tombent en quantité considérable sur un marché étroit. Lors de la conversion de notre 3 1/2, en 1902, une crise financière serait certainement survenue, si ces titres ne s'étaient trouvés noyés dans la masse des affaires à terme, traitées quotidiennement à la coulisse des rentes.

On comprend, dès lors, que ce groupe de coulissiers ait été défendu, même par les derniers défenseurs du monopole des agents de change. En 1893, lors du vote sur l'impôt des opérations de Bourse, qui rendait difficile, sinon impossible, le trafic des rentes en coulisse, on songea, pour remédier à cet inconvénient, à exempter notre fonds d'Etat de l'impôt ; en effet, les fluctuations de la rente sont, en général de peu d'importance, et un impôt ne pouvait manquer de porter préjudice à des opérations qui se traduisent par des différences de cours si minimes (ce fut pour répondre à cette préoccupation, que l'impôt des opérations de Bourse fut abaissé de 0 fr. 05 0/0, à 0 fr. 01 1/4 pour mille à l'égard de la

rente française (loi du 28 avril 1893). Il en fut de même, en 1898, lorsque M. Fleury-Ravarin, prétextant qu'il se produisait dans la perception de l'impôt des fuites dont la responsabilité incombait aux maisons de coulisse, fit voter, à la surprise générale, son trop fameux amendement, obligeant ceux qui font commerce habituel de recueillir des offres et des demandes des valeurs de Bourse, à produire à toute réquisition de l'Enregistrement des bordereaux d'agent de change, pour toute négociation de valeur cotée. Cet amendement fut en effet adopté, grâce à l'appui de M. Cochery, alors ministre des finances, par la Chambre et le Sénat, puis incorporé à la loi de finances du 13 avril 1898 ; mais, en même temps, au cours des débats, il intervint entre le ministre et les Chambres une entente à la suite de laquelle on admit une exception pour la rente française. On tolérât ainsi une violation de l'article 76, pour la rente française seulement. Or, rien n'est plus illégal. L'article 76, en effet, donne un monopole aux agents de change, en vue de la négociation des valeurs inscrites à la cote officielle. Or, la rente y est inscrite de droit, sans aucune formalité préalable. Si cet article 76, créateur du monopole des agents de change, devait fournir aux spéculateurs, comme d'aucuns le prétendent, toutes les garanties désirables, en vue des négociations de valeurs, on ne s'explique pas pourquoi, de propos délibéré, on priverait le public de ces garanties, lorsqu'il s'agit de la rente française, valeur qui, plus que toute autre, mérite la sollicitude du législateur.

Toutefois, l'amendement Fleury-Ravarin fut respecté dans sa forme ; les coulissiers en rente sont tenus désormais d'établir des bordereaux ; mais ces bordereaux leur sont délivrés en blanc gratuitement par les agents de change eux-mêmes. C'est ainsi que fut inaugurée la pratique courante aujourd'hui, des « bordereaux de complaisance ». Toutes ces considérations, et l'attitude du gouvernement lui-même nous amènent à conclure que la loi est ici en désaccord avec les faits.

Aujourd'hui qu'un vaste mouvement de réforme tend à renouveler et à rajeunir toutes nos conceptions juridiques, il ne convient plus d'enserrer la pratique des opérations de Bourse dans une codification rigide ; le droit est fait pour les hommes et non les hommes pour le droit ; le droit doit se plier aux nécessités économiques, et s'accommoder aux faits, dont il n'est, en définitive, que la consécration. Incessamment nos lois se modifient et se transforment ; l'époque contemporaine est certainement une de celles où l'on a assisté à la plus grande activité législative ; car les problèmes sociaux ne se posent plus aujourd'hui comme autrefois, et l'orientation générale de tous les pays s'accroît manifestement vers une accommodation du droit aux nécessités sociales et économiques (1). Or, s'il est une réforme qui

(1) Cf. M. Saleilles, Préface au livre de M. Gény (*Méthode d'interprétation et sources en droit positif* ; Paris, 1899), p. 2 et suiv. ; et encore M. Saleilles, *Le Code civil, Livre du Centenaire*, 1904, t. I, p. 125.

soit préparée par la doctrine et réclamée par l'opinion publique, c'est assurément l'abrogation de l'article 76.

Le monopole des agents de change répondait peut-être à des besoins réels, sous le règne de Charles IX ; mais aujourd'hui son utilité a disparu. Il faut, en matière de Bourse, remplacer les vieilles règles juridiques par des textes d'une allure plus contemporaine. Le mouvement a commencé par la loi du 28 mars 1885, qui est intervenue pour consacrer la validité des marchés à terme, même de ceux se soldant par de simples différences ; et cependant la pratique de ces marchés remontait à plusieurs siècles, et tout le monde en avait reconnu l'utilité, au point de vue économique. Le droit a finalement été mis sur ce point d'accord avec les nécessités sociales. Il serait temps de s'inspirer aujourd'hui des mêmes idées, pour résoudre la question du marché libre, d'abord, et ensuite, le problème de la contrepartie.

Malheureusement, les efforts tentés jusqu'ici ont pitoyablement échoué. En 1893 et en 1898, lorsque la question a été posée à la tribune de la Chambre comme à celle du Sénat, les défenseurs de la coulisse ont montré, par des arguments péremptoires, la voie que le législateur devait suivre pour se conformer aux besoins économiques actuels, c'est-à-dire l'orientation vers un marché où régnerait la liberté des négociations, avec, de la part de l'Etat, un minimum d'intervention suffisante pour assurer aux particuliers les garanties désirables.

Or, à deux reprises différentes, contrairement à l'opinion d'hommes politiques éminents, contrairement à la majorité de la doctrine, c'est-à dire d'un nombre considérable de juristes et d'économistes distingués, qui avaient publié, à cette époque, dans différentes revues, des travaux importants sur la question, en dépit de l'opinion publique elle-même, ce furent des mesures encore plus restrictives de la liberté des négociations que nos représentants adoptèrent à cette époque, en consolidant le monopole des agents de change.

Cependant, comment peut-on admettre qu'on puisse songer à réglementer les opérations de Bourse en s'appuyant sur le droit strict, quand on songe que ces opérations dépendent d'usages commerciaux essentiellement différents suivant les places et perpétuellement mobiles suivant les besoins du moment. On oublie ainsi que des négociations d'une importance considérable sont exécutées rapidement sur une simple indication verbale, un coup de téléphone ou sur une dépêche laconique. Là, plus que dans toute autre branche du commerce, le crédit joue un rôle prépondérant. Le client doit avoir confiance dans l'intermédiaire, qui, à son tour, doit se montrer digne de cette confiance. Alors que tout repose sur la bonne foi, le rôle de la loi et des principes du droit est des plus limité ; et cette observation est tellement vraie, que, quand la justice se prononce sur un différend entre un commissionnaire et son donneur d'ordre, il s'agit invariablement d'un

payement d'une différence que le client se refuse à verser, parce qu'il la trouve trop considérable. Chaque baisse appréciable de la cote de la Bourse, chaque krach, est inévitablement suivi de nombreuses instances : malheureusement, si les moyens invoqués diffèrent selon l'ingéniosité des avocats-conseils, la nature de ces procès varie peu, et ils tendent tous au même résultat : éviter le règlement des pertes provoquées par les différences des cours.

La mauvaise foi se rencontre donc presque toujours du côté du client. Rarement le commissionnaire en Bourse s'adressera aux tribunaux lorsqu'une difficulté s'élèvera entre lui et son client. A la Bourse, en effet, le secret de la propriété des maisons réside avant tout dans la plus stricte exécution des ordres reçus. Tout esprit de chicane doit être banni ; c'est la meilleure réclame de la maison, et le meilleur moyen d'accroître sa réputation. La crainte des procès est poussée à ce point chez certains intermédiaires qu'ils préfèrent payer deux fois, plutôt que de suivre une instance avec leurs clients. Cette attitude d'ailleurs leur est dictée par leur intérêt, car l'opérateur indélicat, immédiatement mis à l'index, se voit refuser l'accès du marché, et ne peut plus s'adresser à aucune maison de la place ; le client de mauvaise foi est définitivement couché sur la liste des *cadavres*, que les coulissiers tiennent constamment à jour, et qu'ils ne manquent jamais de se communiquer, pour écarter de leur clientèle les spéculateurs indélicats. L'opérateur de mau-

vaise foi se verra donc obligé de se rabattre sur les maisons de troisième et de quatrième ordre ; alors intermédiaire et donneur d'ordre joueront au plus malin, et les loups essaieront de se manger entre eux.

En résumé, si la question du marché libre revenait de nouveau à la Chambre, ce qui serait souhaitable, le problème devrait être résolu dans le sens d'une réglementation étatiste, réduite au minimum ; et il y aurait avantage à cet égard à imiter largement la pratique anglaise.

Le « Stock-Exchange » est en effet, une institution privée, une société particulière par actions fondée, existant et vivant sous la protection des lois de 1860 et de 1900 sur les sociétés commerciales, sans lien officiel avec le gouvernement, et n'entretenant avec lui que les rapports indispensables à toute association anglaise, pour faire valoir ses droits en justice devant les magistrats compétents. Grâce à cette liberté d'action, et malgré les progrès extraordinaires des marchés de Paris, Berlin et New-York, le Stock Exchange est encore le centre principal des affaires financières. Le ministre des finances anglais, le Chancelier de l'Echiquier n'exerce sur lui aucun contrôle, aucune immixtion. Les caisses de l'Etat ne servent pas à faire le jeu de la rente comme en France (Cf. Roger Milles, *Grammaire de la Bourse*). Point de réglementation gouvernementale ; le Stock-Exchange est une société privée, qui possède des capitaux et des locaux qui sont sa propriété ; il est dirigé

par un comité composé de 30 membres, dont relèvent les adhérents ; il comprend deux catégories d'affiliés : 1° les « jobbers », qui n'ont aucun rapport avec le public. Ils achètent ou vendent pour leur propre compte, et ne perçoivent aucun courtage ; ce sont des capitalistes spéculateurs ; 2° les « brokers », véritables intermédiaires entre le public et les jobbers, qui servent de contrepartie aux ordres provenant du public, et transmis par les brokers. Un broker, chargé d'exécuter un ordre, s'adresse à un jobber, et, lui désignant la valeur sur laquelle il veut négocier, mais sans lui indiquer s'il est acheteur ou vendeur, lui demande de faire un prix : « To make a price ». Le jobber lui répond par deux prix, le plus bas étant celui auquel il se porte acheteur, l'autre celui auquel il est vendeur. La différence entre les deux cours constitue son bénéfice. Si les prix conviennent au broker, il déclarera alors, suivant les cas : « Je prends ou je vends ». Et le jobber est tenu d'exécuter la transaction.

Les brokers, étant des intermédiaires entre le public et le marché, n'opèrent jamais pour leur propre compte ; dès lors, leur impartialité est à l'abri de tout soupçon ; ils peuvent d'autant mieux conserver leur indépendance, qu'ils trouvent toujours, sur le marché, des vendeurs ou des acheteurs, les jobbers, qui sont, pour ainsi dire, des fournisseurs de titres. Ceux-ci sont ignorés du public. Leur rôle se borne à fournir la quantité de valeurs demandée ; ils vendent leurs titres comme l'épicier vend son sucre. Le jeu de l'offre et de la demande leur pro-

cure seul des bénéfices absolument licites. Il est vrai que la liberté règne en maîtresse sur tout le marché.

Il serait temps qu'en France de pareils usages s'introduisent. L'Etat devrait renoncer à s'ingérer dans le commerce des valeurs, qui sont des marchandises comme les autres. Le jeu de la loi de l'offre et de la demande ne serait plus alors troublé par aucune réglementation. Le droit commun seul s'appliquerait ; les manœuvres dolosives et les fraudes pourraient être réprimées d'autant plus sévèrement qu'elles sont plus facilement praticables. La division du travail entre coulissiers et agents de change s'opérerait ainsi de la même manière qu'entre jobbers et brokers. Les deux corporations pourraient se livrer en toute sécurité à leurs occupations respectives et se prêteraient un mutuel appui. Les agents de change ne chercheraient plus à spéculer pour leur propre compte, afin d'augmenter les produits de leur charge, en se portant contre-partie de leurs clients, et les coulissiers, trouvant dans la vente ou l'achat des valeurs une rémunération suffisante et légale, ne s'immisceraient plus dans les fonctions des agents de change. Une pareille réforme serait, d'ailleurs, d'une application facile, puisqu'elle se bornerait à sanctionner la situation actuelle. En effet, bien qu'en droit, on puisse comparer les agents de change à de fidèles douaniers ayant pour mission de surveiller et de rendre légaux les échanges de valeurs entre vendeurs et acheteurs, et les coulissiers à de vulgaires contrebandiers ;

on sait bien que, dans la pratique, douaniers et contrebandiers fraternisent. Tous les ordres d'achat ou de vente importants transmis au parquet ne peuvent s'effectuer qu'en coulisse ; où les intermédiaires jouent le rôle de jobbers, c'est-à-dire de vendeurs ou d'acheteurs. Bien mieux, des *modus vivendi* existent entre les deux corporations, et les querelles qui divisent parfois les frères ennemis ne sont que de courte durée. Si la loi les sépare quelquefois, leur intérêt personnel les rapproche le plus souvent, au profit du plus grand nombre. Le législateur ne devrait pas tarder plus longtemps à répudier une tradition surannée et inutile, et à donner à la situation actuelle une consécration officielle.

CHAPITRE II

DE L'EXCEPTION DE CONTRE-PARTIE.

Historique.

Tous les procès qui se sont élevés sur la validité de la contre-partie ne remontent guère dans le passé à plus d'une quinzaine d'années. L'exception de défaut de contre-partie apparaît comme la dernière ressource abandonnée aux spéculateurs malheureux à la suite de la suppression de l'exception de jeu résultant de la loi du 28 mars 1885, et, si les procès relatifs à la question se sont multipliés dans les dernières années, on ne doit pas s'en étonner, en réfléchissant que c'est seulement en 1898 et par 4 arrêts consécutifs rendus le 22 juin, que la Cour suprême a affirmé le caractère absolu de cette suppression (D. 99. 1. 5). Il n'est pas douteux que la tendance des tribunaux à accueillir cette exception se manifeste comme la dernière évolution d'une défiance traditionnelle contre les spéculateurs à la Bourse.

On sait que la jurisprudence française, tenant compte pendant longtemps de l'entraînement auquel avait pu céder le perdant en jouant à la Bourse, l'autorisait à manquer à sa parole, en invoquant l'article 1965 du Code

civil, aux termes duquel la loi refuse toute action pour une dette de jeu ou pour le payement d'un pari. Le versement volontaire de la différence était seul à l'abri de la répétition. Cette jurisprudence, déjà connue sous l'ancien régime, avait trouvé son expression la plus énergique dans un arrêt du Conseil du roi, en date du 7 août 1785, dont l'article 5 annule « tous les marchés et compromis des faits royaux et autres quelconques qui se feraient à terme, et sans livraison des dits effets ou sans le dépôt réel d'iceux dûment constaté ».

Jusqu'en 1885, la jurisprudence, s'inspirant des précédents, établissait une distinction entre les marchés sérieux, c'est-à-dire ceux qui, dans la pensée des opérateurs, devaient s'exécuter en nature (elle tenait pour valables des marchés de cette sorte) ; et, d'autre part, les marchés fictifs, destinés, dès leur conclusion, à se terminer par le versement d'une simple différence. En pareil cas, le perdant demeurerait maître de se soustraire à leur exécution.

Il va sans dire qu'une semblable théorie jurisprudentielle avait soulevé de nombreuses critiques, et on lui répondait notamment qu'à la Bourse il est impossible de distinguer une opération réelle d'une opération fictive ; d'ailleurs tous les marchés à terme sont sérieux dans un certain sens, puisqu'ils sont astreints comme les autres à l'observation des règlements de Bourse. Ce fut pourtant par application de ces idées que, lors du krach de l'Union Générale, survenu en 1883, certains opérateurs

se refusèrent à payer leur différence. Plusieurs parquets d'agents de change de province, notamment celui de Lyon, furent déclarés en faillite à la suite de cette crise. On sait que les espérances que les haussiers avaient fondées sur les actions de l'Union Générale furent trahies par les événements. Ces actions tombèrent vite, leur cours fléchit rapidement et les acheteurs préférèrent se faire exécuter à la Bourse de Lyon plutôt que de consentir à régler leurs différences. Et, tandis que les agents de change se voyaient opposer l'exception de jeu par les acheteurs, ils se trouvaient, d'autre part, en butte aux réclamations des vendeurs, à qui les événements donnaient raison, et qui se hâtaient d'exiger le versement de leurs gains. Par honneur professionnel, les agents de change ne voulurent pas opposer l'exception de jeu. D'ailleurs, l'agent de change, qui est du croire, qui a opéré en son nom propre, ne peut pas se refuser à exécuter son engagement. Cette catastrophe eut un tel retentissement qu'on avisa immédiatement à réformer la législation, et, à la suite de cette grande crise de 1883, une commission extra-parlementaire fut désignée.

Contrairement à ce qu'attendait l'opinion publique, cette commission exprima le désir que l'exception de jeu fût maintenue et consacrée officiellement par la loi : la solution opposée triompha heureusement au Parlement, qui remania complètement l'œuvre de la commission, et, la loi du 28 mars 1885, article 1^{er}, déclare

valables et légaux pour l'avenir tous les marchés à terme sur valeurs mobilières et tous les marchés à livrer sur marchandises.

Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence. Ce fut donc une réforme absolue qui devait extirper l'exception de jeu de tous nos marchés à terme.

Telle était, du moins, la volonté du législateur ; mais la loi se heurta, dans la pratique, à de vives résistances de la part des tribunaux et des Cours d'appel. Même à la Cour de Paris, plusieurs chambres persévérèrent dans la jurisprudence ancienne, et elles accueillirent à diverses reprises l'exception de jeu, faisant litière de la loi nouvelle. Ce ne fut qu'en 1898 que cette jurisprudence, qui perpétuait le moyen tiré du jeu dans les marchés à terme, prit fin, en présence des arrêts rendus par la Cour de cassation, le 22 juin 1898 ; désormais, d'après la Cour suprême, l'exception de jeu devenait absolument irrecevable, et une présomption de validité irréfragable s'attachait à tous les marchés à terme.

Ce qu'il faut retenir de ces divergences, qui, pendant plus de 12 années, avaient persisté dans la jurisprudence, c'est l'aversion traditionnelle que les marchés à terme ont toujours inspirée aux magistrats. On aura beau légiférer et rappeler par des dispositions plus ou moins explicites les spéculateurs à l'exécution de leurs obligations, on arrivera difficilement à persuader aux

tribunaux que le marché à terme n'est qu'un contrat comme un autre. La jurisprudence sera toujours dominée par cette préoccupation que l'opération à terme est un danger pour les non-professionnels, qu'elle les expose à anéantir en un jour un patrimoine lentement amassé. Au xix^e siècle, comme dans l'arrêt de 1785, les magistrats qui jugent les procès de ce genre ne voient dans l'opérateur à terme qu'une personne qui n'a pas agi dans la plénitude de ses facultés mentales et qui a été hypnotisée par le mirage d'un gain illusoire.

La preuve que cette idée a toujours été celle qui a inspiré des arrêts, qui, pendant près de deux siècles, se sont attachés à fournir aux perdants le moyen de manquer à leur parole, c'est que, même dans l'état actuel du droit, nous voyons apparaître des procédés nouveaux qui tendent, par des voies détournées, à aboutir aux mêmes résultats que l'exception de jeu. Celle-ci a été définitivement emportée par les arrêts de 1898 ; mais, à sa place, ont surgi des exceptions nouvelles qui procurent encore au spéculateur malheureux la faculté de ne pas tenir sa parole.

Il y en a deux qui sont bien connues : la première est l'exception tirée du défaut de qualité de l'intermédiaire. Elle pourrait, sans doute, être invoquée dans un marché au comptant, mais c'est dans l'opération à terme qu'on la rencontre le plus communément. Cette exception est opposée par le perdant, lorsque le rôle d'intermédiaire est joué par un coulissier et non par un

agent de change et que l'opération portait sur des valeurs cotées. On lui donne le nom d'exception de coulisse, ou encore d'exception tirée du défaut de qualité d'intermédiaire. Indépendamment d'une sanction pénale, qui défend à tous individus autres que ceux nommés par le gouvernement d'exercer les fonctions d'agent de change et de faire des négociations d'effets publics et autres susceptibles d'être cotés, sous peine d'une amende qui varie entre le sixième et le douzième du cautionnement des agents de change de la place (loi du 28 ventôse an IX, art. 8), les tribunaux appliquent une sanction de nature civile et prononcent la nullité des opérations intervenues dans ces conditions. Sans doute, le coulissier est privé d'une action à l'effet de contraindre son client au remboursement des avances et au règlement des honoraires consécutifs à l'ordre reçu ; mais, s'il est intervenu un arrêté de compte, le client ne possède plus aucun moyen de répétition contre le coulissier. La Cour de cassation en a décidé ainsi par deux arrêts, rendus le 22 avril et le 29 juin 1885 (D. 85.1.273). En lui imprimant ces caractères, la Cour de cassation a donc entendu manifestement ressusciter sous une autre forme l'ancienne exception de jeu. Comme le remarque M. Thaller, « ni action, ni répétition, c'est à peu près le même état de choses que celui que donnait le moyen tiré du jeu » (*Traité*, 3^e éd., n° 994).

Une deuxième exception, qui atteste la persistance, dans la jurisprudence, de l'hostilité qu'elle a toujours

témoignée contre les marchés à terme, c'est l'exception tirée de l'absence de contre-partie. Cette exception ne peut pas jouer, bien entendu, à l'égard d'un agent de change, puisqu'il lui est défendu d'accomplir des opérations de commerce ; c'est à l'égard des intermédiaires libres, des coulissiers et des courtiers que le problème se pose. Le client qui a opéré à terme, peut, au moment où on le poursuit en règlement de la différence, exiger que son mandataire justifie envers lui de l'existence d'une contre-partie réelle. S'il a traité avec un coulissier, celui-ci est donc obligé de produire ses livres et sa comptabilité ; il faut qu'il existe une concordance entre ses écritures, et, en l'absence de cette condition, dont le défaut place, d'après notre jurisprudence, l'intermédiaire dans une mauvaise posture, celui-ci succombera, et le client à qui l'opération a été contraire, ne sera pas obligé de verser la différence dont il est débiteur. Sous cette forme détournée, c'est encore l'exception de jeu qui reparaît ; l'intérêt des familles l'exige, dit-on, et commande cette solution.

L'exception du défaut de contre-partie n'est donc pas une innovation de la jurisprudence contemporaine ; elle ne répond pas à une nécessité récente, elle n'a pas pour but de remédier aux dangers résultant de l'emploi de procédés nouveaux que la fièvre de la spéculation aurait suscités à la fin du *xix^e* siècle. Elle n'est que le terme d'une longue évolution commencée par les anciens arrêts du Parlement de Paris, continuée avec une

irrésistible tenacité au cours du siècle dernier, et inspirée par l'idée que le marché à terme ne diffère pas, dans sa nature juridique, du jeu ou du pari. La conception traditionnelle en cette matière a toujours été, en effet, que le marché à terme et le jeu se confondent. Si, au lieu de transmettre un ordre à un intermédiaire en Bourse, une personne parie, dans un cercle, avec un de ses compagnons, que le cours de la rente baissera d'ici la fin du mois, et que son interlocuteur prenne acte de son pari, il n'est pas douteux que l'opération intervenue ne tombe sous le coup de l'article 1965. Eh bien, dit-on, il importe peu que les parties aient revêtu cette convention des formes extérieures d'une vente, si l'intention formelle des contractants a été de se borner à régler leur marché, lors de l'échéance fixée, par le versement d'une simple différence indiquée par la comparaison des cours. Le but des opérateurs n'est-il pas le même dans les deux cas? Comment admettre que l'emploi d'un artifice aussi facile à reconnaître permette de conférer la validité à une opération qui, considérée en elle-même, est vouée à une inefficacité certaine? Il y a là un argument qui paraît juridiquement très fort pour soutenir que l'exception de jeu doit être maintenue, sinon sous son ancien aspect, du moins à titre d'exception de coulisse ou d'exception de contrepartie.

Cependant ce raisonnement n'est pas irréfutable. Est-il certain d'abord que les parties n'aient été animées au

début de l'opération que d'intentions purement différentielles ? Il serait téméraire de l'affirmer (1). Il est impossible aux magistrats, quelque minutieuse que soit l'analyse psychologique à laquelle ils se livrent, de découvrir le but exact que se sont proposé les opérateurs en traitant. Personne ne peut se flatter de formuler à cet égard une appréciation certaine, les contractants eux-mêmes ignoraient le plus souvent de quelle manière se terminerait le marché. La volonté qu'ils avaient au début a pu se modifier avec les circonstances et ils ne sauraient affirmer à l'avance qu'ils se borneront à régler par le versement d'une simple différence : l'exécution réelle du marché demeure toujours possible.

Il y a là déjà une considération qui milite contre toute assimilation avec le jeu ou le pari et qui commande de regarder l'opération comme régulière et de la mettre à l'abri de tous les moyens qui tendraient à en infirmer la validité, qu'il s'agisse d'exception de contre-partie aussi bien que de l'ancienne exception de jeu.

D'autre part, le marché à terme n'apparaît pas toujours comme un danger suspendu sur la tête des opérateurs et menaçant d'engloutir leur patrimoine ; on peut affirmer qu'il possède une utilité sociale ; il est inexact de le ranger toujours dans la catégorie des ventes ; il y a un autre aspect sous lequel il se présente bien souvent, et qui est celui du contrat d'assurance. Ainsi envi-

(1) V. sur tous ces points : Dupupet, *Du concessionnaire contre-partiste en Bourse*. Thèse Lyon, 1905.

sagé, le marché à terme répond à un but légitime, et poursuit une pensée sociale bienfaisante. Voici une personne qui a un intérêt d'ordre patrimonial à ce qu'une des valeurs qu'elle possède ne subisse pas une dépréciation pécuniaire résultant d'une baisse éventuelle des cours. Contre ce risque extérieur et futur, le capitaliste éprouve le besoin de se garantir. Son intérêt lui commande d'obtenir que le cours se maintienne, et ne tombe pas au-dessous du prix auquel il a acheté la valeur dont il s'agit ; or, il existe pour lui un moyen infailible de se couvrir contre le risque de baisse ; c'est de vendre à terme, par exemple à la fin du mois prochain, une quantité déterminée des titres envisagés. En prenant cette position, le capitaliste joue le rôle d'assuré ; il a en face de lui un assureur : c'est la contre-partie avec qui il traite. On répète communément que les vendeurs sont des baissiers ; l'expression est peut-être impropre ; le vendeur ne désire pas toujours la baisse ; bien souvent il la redoute.

L'acheteur à terme ne fait pas autre chose que s'engager à indemniser le vendeur, c'est-à-dire l'assuré, du préjudice que lui occasionnerait une baisse survenant ultérieurement et avant l'échéance du marché. A l'échéance, deux situations sont possibles : ou bien la baisse prévue s'est réalisée et le vendeur a échappé par sa combinaison, aux dangers qui menaçaient son patrimoine ; le risque a été ainsi conjuré. Ou bien, au contraire, le titre s'est maintenu au pair ; alors, les appréhensions du

capitaliste ont été vaines ; il est tenu cependant d'effectuer la vente qu'il avait conclue. L'opération conserve-t-elle alors le caractère d'assurance ? Assurément. Le vendeur peut, en effet, procéder par voie de contre-opération, et se racheter au-dessus du prix de la première vente, ou, tout au moins, au même prix. S'il se rachète à un prix supérieur, il dégage par là même à sa charge une différence qui n'est autre qu'une prime d'assurance ; rien de plus légitime, puisqu'il a été pré-muni, pendant la période prévue, contre le risque qui pesait sur son patrimoine.

Le même caractère d'assurance peut être également reconnu aux opérations à la hausse. Voici un capitaliste qui n'aura que dans quelques mois de l'argent disponible en vue d'un placement. Or, il constate que les cours actuels lui assureraient un placement avantageux, alors que la situation peut changer dans un avenir très rapproché, si les cours ne se maintiennent pas. Le préjudice que redoute ce capitaliste se manifestera en pareil cas, non plus par la baisse, mais par la hausse des cours. Il va s'assurer contre la hausse des valeurs dans lesquelles il désire placer les disponibilités qu'il possédera à brève échéance. Il achètera à terme ces valeurs d'une autre personne qui sera son vendeur et qui jouera le rôle d'un assureur contre la hausse (Cf. Thaller, *Traité*, 3^e éd., n° 336).

Contre cette conception du marché à terme envisagé comme une assurance, on pourrait, à la vérité, objecter

surtout que, d'après les idées scientifiques contemporaines, l'assurance doit être exploitée en mutualité ou en société et qu'elle ne peut jamais consister dans la prise en charge d'un seul risque par un assureur unique. Toute personne qui veut jouer le rôle d'assureur doit couvrir des risques semblables en grand nombre, car, elle ne pourra payer le sinistre éprouvé par l'un des assurés qu'à l'aide des primes prélevées sur les autres. C'est en ce sens que le contrat d'assurance arrive à éparpiller les risques et à les rendre inoffensifs. Or, ici, on ne rencontre pas ce morcellement des risques. Il est évident que, si un opérateur assure une valeur contre la hausse ou contre la baisse, il couvre le titre tout entier, et en quelques mains qu'il soit, contre l'aléa redouté. Il y a une véritable indivisibilité qui lie tous les objets assurés et qui met obstacle à ce que l'assureur ait la ressource de se récupérer de l'indemnité qu'il paie au moyen des primes encaissées sur les autres. En effet, si la baisse se produit, elle opère sur toutes les valeurs de même nature, et il n'y a pas de compensation possible pour l'assureur.

A cela on peut répondre que les boursiers ont, généralement, l'habitude de conclure des marchés à terme sur les valeurs les plus diverses et qui ne sont nullement solidaires les unes des autres. Or, ils prendront à l'égard des unes la position de hausse et, pour les autres, la position de baisse. Comme il est inadmissible que la baisse survienne en même temps sur des valeurs appar-

tenant aux groupes les plus opposés, l'opérateur gagnera sur certaines, perdra sur d'autres ; ses gains lui permettront d'équilibrer les pertes réalisées et la distribution du risque aura ainsi été observée. D'ailleurs, aucune prescription légale n'exige que l'assurance soit toujours exploitée en mutualité ou en société ; la loi présume sans doute cette organisation en mutualité, mais cette présomption n'a rien d'irréfragable.

Sous tous ces rapports, le marché à terme peut recouvrir des opérations empreintes d'une grande prévoyance ; ainsi envisagé, il répond à une fin sociale élevée et il semble qu'on s'attache à des idées surannées et inexactes, lorsqu'on cherche à le combattre à l'aide de moyens tels que l'exception de jeu, l'exception de coulisse ou l'exception de contre-partie.

Cependant, ce n'est pas seulement dans les Bourses de valeurs que le marché à terme a soulevé de vives critiques ; il a suscité des défiances non moins vives à la Bourse des marchandises et c'est peut-être là que la campagne antitermiste a été le plus opiniâtrement menée.

Sous l'influence de ces polémiques, et alors qu'il ne peut plus être question d'invoquer l'exception de jeu, pour se dérober à l'exécution, la jurisprudence a main-

(1) *Revue d'économie politique*, numéros de février et mai 1898, articles de William Smith. — Cf. article de M. Paisant, ancien président du tribunal civil de Versailles, même *Revue*, numéro de février 1898.

tenu avec fermeté, dans les Bourses de marchandises, l'exception tirée du défaut de contre-partie ; elle y a trouvé un moyen commode de combattre, dans la mesure du possible, l'extension sans cesse croissante des marchés à terme sur marchandises.

Les arguments qu'elle invoque en faveur de cette campagne sont nombreux : d'abord, les antitermistes croient pouvoir démontrer que les marchés à terme sont une cause de baisse des produits agricoles ; dans les dernières années, disent-ils, alors que les récoltes étaient peu abondantes et que le prix du blé aurait dû monter, il n'a pas cessé de baisser ; cela évidemment sous l'action artificielle de la spéculation à terme sur les produits. — Mais cette constatation n'a pas une grande portée ; on prétend que le prix du blé a baissé artificiellement à une époque où il aurait dû monter ; seulement, quand on se demande si les cours du blé auraient dû s'élever ou fléchir, il faut examiner l'état des récoltes, non pas dans un seul pays, mais dans les pays du monde entier, et envisager de plus les espérances des récoltes futures. D'ailleurs, il serait facile de citer des produits pour lesquels la spéculation à terme s'est continuellement exercée et dont les cours cependant n'ont subi aucune baisse pendant de longues années (tels le sucre et le coton).

Un autre argument des antitermistes est le suivant : par le fait de la spéculation différentielle, on vend beaucoup plus de marchandises qu'il n'en existe en réa-

lité ; à côté du blé réel, on vendra du blé fictif qui ne sera jamais destiné à être livré et dont l'existence est seulement supposée par les opérateurs. Or, rien n'est dangereux comme cette multiplicité imaginaire des quantités produites.

Mais il semble que, si cette affirmation était exacte, le résultat des marchés à terme serait d'entraîner une baisse qui n'aurait rien de momentané et de modéré, mais qui se produirait au contraire avec une intensité prodigieuse et durable. Or, rien de semblable n'a jamais été constaté dans les Bourses de marchandises. En effet, en admettant qu'on vende du blé qui n'existe pas, il se trouve bien, en face des vendeurs, des acheteurs qui sont leurs contre-parties et, l'élément de baisse est inséparablement lié à un élément de hausse.

On dit encore que la spéculation à terme conduit fatalement à la baisse pour la raison psychologique que voici : les non-professionnels qui envahissent la Bourse sont tentés de jouer à la hausse plutôt qu'à la baisse, l'homme est naturellement optimiste et il croit plutôt au bien qu'au mal. D'autre part, quand le blé est rare, l'opération qui consiste à en acheter paraît plus normale que celle ayant pour objet d'en vendre. Pour ces deux motifs, les non-professionnels sont instinctivement poussés du côté de la hausse. Mais, à leur attaque, le personnel des boursiers répond par une campagne de baisse ; dans le duel qui s'engage, les chances des deux partis sont inégales : les professionnels, en répandant de mauvaises nouvelles dans le public et en usant de

tous les procédés bien connus des spéculateurs expérimentés, ont plus de chance de réussir et d'obtenir, conformément à leur désir, un mouvement de baisse. Cependant, même en admettant que les personnes étrangères à la Bourse, qui vont y jouer, ne soient pas douées d'une grande perspicacité, il arrivera nécessairement un moment, où, à force de perdre à la hausse, elles finiront par jouer à la baisse. Du moment qu'ils auront aperçu la cause de leurs échecs antérieurs, ils changeront leur méthode et, dès lors, on ne voit plus comment leur présence pourrait amener la baisse. Il semble donc excessif de prétendre que le jeu puisse agir sur le marché, et la jurisprudence ne se place pas en face de la réalité, quand elle se montre, par ses arrêts, hostile aux opérations à terme. Et ce n'est pas dans l'ordre économique que l'on peut puiser des arguments en faveur de l'exception tirée de l'absence de contre-partie et de tous autres moyens destinés à assurer la survivance plus ou moins déguisée de l'exception de jeu.

Nous avons examiné dans un chapitre précédent comment la contre-partie pouvait se justifier sur le terrain économique, il nous faut rechercher maintenant s'il n'y a pas des motifs juridiques qui militent, au contraire, en faveur de l'exception de contre-partie, et qui condamnent l'opération consistant, de la part d'un intermédiaire, à se porter la contre-partie de son client ?

CHAPITRE III

NATURE DE LA REPRÉSENTATION ; APPLICATION AUX CONTRATS PASSÉS EN BOURSE PAR LES INTERMÉDIAIRES. — LA LÉGISLATION ALLEMANDE.

Il est nécessaire, au début de cette étude, de préciser la notion juridique de la représentation, en général, et de se demander si elle est incompatible avec la possibilité, pour le représentant, de passer avec lui-même le contrat dont il est chargé.

On dit qu'il y a représentation, lorsqu'un acte juridique est accompli par une personne pour le compte d'une autre, et dans des conditions telles que les effets de cet acte se produisent directement et immédiatement sur la tête du représenté, comme si lui-même avait accompli l'acte (1).

Cette institution, qui est restée longtemps inconnue en droit romain, où l'on a longtemps rejeté l'idée que l'auteur d'un acte juridique peut ne pas être le sujet actif et passif des effets de cet acte, est acceptée aujourd'hui par toutes les législations, et elle facilite singu-

(1) Cf. Planiol, *Traité de droit civil*, 2^e édit., t. I, n^{os} 298 à 380 ; Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*. Thèse Caen, 1898.

lièrement la formation des contrats entre les personnes capables, puisqu'elle les dispense d'être présentes au moment où la convention est conclue. Elle se reconnaît aux traits suivants : d'abord celui qui passe l'acte juridique déclare agir au nom et pour le compte d'une autre personne ; tel est du moins un caractère de la représentation directe, celle que connaît le droit civil ; au contraire, dans la représentation commerciale, c'est-à-dire dans le contrat de commission, le commissionnaire traite en son nom, et il apparaît seul dans l'acte qu'il accomplit. La commission est donc « le mandat exercé par une personne qui agit en son nom propre et personnel ». Le commissionnaire doit user de son crédit, devenir créancier ou débiteur, par le fait du marché qu'il traite pour autrui ; autrement, on retombe dans le mandat ordinaire ; le commissionnaire dissimule et masque le commettant. Les tiers ne voient point celui-ci, mais seulement l'intermédiaire ; ils ont pu penser que l'acte était fait au compte même de ce dernier (1). Le commettant peut ainsi jouir, pour ses opérations, du crédit de son commissionnaire, qui est parfois plus grand que le sien (2). De cette notion, il résulte que le commettant est dispensé de fournir au commissionnaire, pour chaque opération, un pouvoir exprès de traiter avec les tiers ; d'autre part, le commissionnaire n'est pas tenu de

(1) Thaller, n° 1111.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 8^e édit., p. 273.

justifier de l'existence de son mandat vis-à-vis des personnes avec qui il contracte. Il va sans dire que le représentant doit avoir le pouvoir de représenter la personne pour le compte de laquelle il agit ; ce pouvoir résulte tantôt de la loi (art. 389, 450, 1428, C. civ.) ; tantôt du mandat conféré par le représenté lui-même au représentant de passer une ou plusieurs opérations juridiques pour son compte.

Cette notion de la représentation est-elle incompatible avec l'idée que le représentant pourrait passer avec lui-même l'acte dont l'a chargé le représenté ? Ceci nous amène à préciser la notion du contrat avec soi-même, c'est-à-dire de ce que les Allemands appellent « Das Selbsteintrittsrecht ».

Il paraît au premier abord singulier qu'une personne puisse contracter avec son propre patrimoine. Mais il est évident que, quand on énonce une semblable proposition, on veut dire simplement ceci, à savoir que : « les effets du contrat doivent se produire d'une façon externe, c'est-à-dire entre patrimoines différents, et non pas d'une façon interne, dans les limites d'un patrimoine unique » (1).

Si l'on donnait une autre signification à cette expression, il est évident que l'on se heurterait au bon sens et que la raison se refuserait à comprendre toute tentative d'explication. De même qu'on ne peut acquérir sa propre chose, de même on ne peut, par rapport à son pro-

(1) Gouget, *Théorie générale du contrat avec soi-même*. Thèse Caen, 1902.

pre patrimoine, tenir deux rôles différents, celui de créancier et celui de débiteur. Le patrimoine, suivant la forte expression de MM. Aubry et Rau, n'est autre chose que le prolongement de la personnalité juridique sur les choses du monde extérieur ; par suite, on ne peut pas concevoir un dédoublement du patrimoine sans un dédoublement de la personnalité ; or, il est impossible que l'activité d'un individu s'exerce dans deux sens opposés et qu'il tienne à la fois la position de créancier et celle de débiteur sur ses propres biens. Mais, les effets des actes accomplis par le représentant sont appelés à se produire dans le patrimoine d'une autre personne : le représenté.

Dès lors, la notion du contrat avec soi-même devient bien plus compréhensible ; il s'agira de savoir si, par exemple, le mandataire qui est chargé de vendre un bien peut s'en porter acquéreur ; si le commissionnaire qui a reçu l'ordre de vendre ou d'acheter peut s'appliquer personnellement cet ordre et réaliser l'opération avec son propre patrimoine. « Celui qui fait un acte juridique en qualité de représentant d'autrui peut-il tenir les deux rôles dans cet acte, agir à la fois pour le compte d'autrui et pour son propre compte, peut-il avoir deux apparences juridiques ; autrement dit, encore, le représentant peut-il se porter contre-partie du représenté » (1) ?

(1) Cogliolo, *Trattato teorico e pratico della amministrazione degli affari altrui*, vol. I. Florence, 1890, p. 146.

Il n'existe pas de théorie d'ensemble, dans le droit français, sur le contrat avec soi-même. Mais on trouve des textes qui ont indirectement prévu la question, et ce sont précisément ceux qu'on a l'habitude de citer dans le débat qui s'élève quant à la validité des opérations de contre-partie ; ce sont les articles 450 et 1596 du Code civil, 711, 963 et 988 du Code de procédure civile, 6 de la loi du 18 juillet 1866, qui déclarent certaines personnes incapables d'acheter les biens qu'elles sont chargées de vendre, 40 de la loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés par actions, qui interdit à l'administrateur d'une société anonyme de prendre un intérêt dans un marché passé pour le compte de la société. C'est d'Allemagne et d'Italie que sont venus la plupart des travaux sur le « selbst contrahiren ».

La question de la possibilité du contrat avec soi-même, en cas de représentation, dépend uniquement, suivant nous, du point de savoir si les effets de l'acte accompli par le représentant se produisent dans le patrimoine du représenté directement et instantanément ou seulement après coup et indirectement. La plupart des auteurs se prononcent pour la représentation directe (1).

Pour M. Labbé, du moment que l'on représente une personne, les effets de l'acte accompli pour celle-ci se réalisent directement dans son patrimoine. Nous pen-

(1) V. notamment Arndts : *Cours de droit civil*, p. 258 ; Labbé, « Appendice » 2, au *Traité de droit romain* d'Ortolan, 12^e éd., p. 865.

sons, d'ailleurs, qu'il n'y a pas lieu de distinguer, à cet égard, entre le mandataire et le commissionnaire ; sans doute le premier fait connaître aux tiers qu'en réalité ce n'est pas lui qui est intéressé à l'acte conclu et que derrière lui, se trouve un personnage dont le patrimoine seul sera touché par le rapport juridique qui vient d'être établi. Le commissionnaire, au contraire, masque le commettant et, ne fournissant aucune indication, il inspire la conviction qu'il traite l'affaire en son propre nom.

Mais, il n'y a là qu'une différence secondaire entre ces deux catégories de mandataires ; au fond, qu'il s'agisse de la commission ou du mandat, il y a un acte juridique qui est passé pour le compte d'autrui et qui n'est destiné qu'à réfléchir sur le patrimoine de ce dernier. Du moment que le représentant demeurera finalement étranger aux conséquences de l'opération qu'il a réalisée, il paraît difficile de soutenir que celle-ci ait engagé, fût-ce pour un instant, son propre patrimoine. Dans ces conditions, on est conduit à décider que, si le représentant joue le rôle de contre-partie, la formation d'un rapport juridique apparaît comme possible, puisqu'à aucun moment le patrimoine du représentant et celui du représenté ne peuvent être considérés comme confondus en une seule masse de biens, et que leurs deux individualités sont restées séparées. Dans la conclusion du contrat, le représentant n'a pu, bien entendu, qu'exprimer sa volonté propre, tout en s'efforçant de

la mettre aussi exactement que possible en harmonie avec celle de la personne dont il a reçu les instructions.

Du moment où apparaît une distinction entre l'individualité du représentant et celle du représenté, il en résulte que, si le représentant prend pour lui le contrat qu'il devait exécuter, il ne s'efface plus comme s'il traitait avec un tiers, et sa volonté entre en fonction avec celle de son mandant, pour rendre un contrat possible entre eux.

Il n'y a plus à parler d'un obstacle métaphysique qui s'opposerait à l'admission du contrat avec soi-même. Sans doute, on n'aperçoit pas extérieurement la pluralité de personnes qui paraît indispensable pour qu'un rapport de droit prenne naissance ; mais, la dualité d'agents apparaît postérieurement ; si le représentant a pris pour lui les conséquences du contrat dont il était chargé, ces conséquences se produiront dans un patrimoine étranger à celui du représentant, et un contrat aura pu se former puisqu'il y a eu en présence deux volontés distinctes.

Le représentant, qui ne dispose du patrimoine du mandant qu'en qualité de procurator, n'a jamais cessé d'exercer sur le sien les droits d'un propriétaire, rien ne s'oppose donc à ce qu'il ait pu créer des rapports obligatoires entre ces patrimoines divers. « Entre le fait d'une seule volonté qui peut disposer de deux patrimoines appartenant à deux personnes déterminées, et le fait dans lequel chacun des deux patrimoines est à la

disposition d'une volonté spéciale et distincte, il ne peut exister une assez grande différence pour empêcher qu'on ne puisse, dans un cas comme dans l'autre, parvenir à un résultat identique » (1).

Mais comment qualifier une opération qui n'est pas celle que les parties avaient prévue au début de leur entente, et qui aboutit à arrêter au patrimoine du représentant un acte que le mandant avait vraisemblablement l'intention de conclure avec un tiers ? Il ne faut pas hésiter à dire qu'il y a eu tout simplement substitution d'un contrat à un autre ; le représentant est sorti des limites du rôle qui lui avait été assigné ; au lieu d'être resté un simple mandataire, il est devenu acheteur ou vendeur et la nature juridique du contrat où il figure s'est complètement transformée. C'est là l'hypothèse normale du contrat avec soi-même, et, comme le fait remarquer M. Gouget (2), il est impossible d'en concevoir l'existence en dehors du domaine de la représentation.

Il va de soi, d'ailleurs, que le contrat avec soi-même peut se rencontrer aussi bien dans le mandat civil que dans la représentation indirecte, c'est-à-dire dans la commission. Nous l'avons déjà observé, le commissionnaire et le mandataire sont placés dans des situations identiques ; chacun d'eux est appelé, par suite de son rôle, à régir dans un moment donné, deux patrimoines

(1) Carlo Arno, *Il contratto con se medesimo*, *archivio giuridico*, 1896, t. LVI, p. 24.

(2) Thèse, p. 74.

distincts et peut, par sa seule volonté, établir une relation juridique entre ces deux patrimoines (1). Seulement, on peut se demander s'il n'existe pas entre le représentant et le représenté un conflit d'intérêts qui soit de nature à condamner, comme illicite, le contrat avec soi-même. La question des conflits des intérêts est évidemment le point délicat qui a servi de thème inépuisable aux adversaires du contrat avec soi-même en général, et, plus spécialement, de la validité du contrat direct conclu par le commissionnaire.

Beaucoup d'auteurs soutiennent que, dans le contrat avec soi-même, il est impossible de se dégager de la collision d'intérêts qui met aux prises le patrimoine du représentant et celui de son mandant. La nature des hommes est ainsi faite que les plus impartiaux cessent d'être absolument honnêtes, lorsqu'il s'agit d'une opération qui concerne à la fois la fortune d'autrui et la leur propre, et qui les sollicite dans deux sens distincts. L'individu sera toujours plus ou moins porté à violer en sa faveur les principes de l'équité qui devraient régir le rapport contractuel dont il va devenir l'un des sujets. Tel est l'avis de Crünhut (2). Dès lors, quand on se demande si le représentant peut passer avec lui-même l'acte dont l'avait chargé le représenté, il faut répondre

(1) Carlo Arno, p. 37.

(2) *Das recht des kommissionshandels* p. 452 et suiv. ; Beckmann, *System des kaufs nach gemeinem recht*, § 196 ; Muskat, « der Vertrag des stell vertreters mit sich selbst », *Revue de Goldschmidt*, vol. XXIII, p. 518.

négativement, sinon on placerait le mandataire entre son intérêt et son devoir, et ce ne serait pas toujours les sentiments personnels qui seraient sacrifiés.

Lépa insiste avec beaucoup de vigueur sur cette idée ; pour lui, l'individu qui se passe un contrat avec lui-même peut être comparé au juge qui ferait sien le procès sur lequel il aurait à rendre sa sentence (1).

Le péril du conflit d'intérêts qui apparaît comme un obstacle insurmontable s'opposant à l'admission du contrat avec soi-même est ramené à une notion plus juste par Rumelin (2).

Il est possible, dit cet auteur, d'écarter dans beaucoup d'hypothèses les inconvénients que certains regardent comme une tare indélébile de ce genre de convention ; et voici les bases sur lesquelles Rumelin cherche à édifier une théorie à l'abri de toute critique :

PREMIÈRE RÈGLE. — La conclusion des contrats par le représentant avec soi-même est licite toutes les fois que l'opération est susceptible d'être contrôlée ou que le contrat correspond manifestement, au moment où il est passé, à l'intérêt du représenté et du représentant.

DEUXIÈME RÈGLE. — Tous les actes qui sont de nature à éveiller une suspicion sur le représentant, qui apparaissent comme les plus propres à lui permettre de faire

(1) *Die Lehre vom selbsteintritte des kommissionärs*. Stuttgart, 1883, p. 234.

(2) *Das selbstcontrahiren des stell vertreters*. Fribourg, 1888, p. 15 à 28.

prédominer son intérêt personnel sur celui de son mandant, tels, par exemple que la transaction, le partage, ou autres analogues, ne peuvent être acceptés dans le domaine du contrat avec soi-même.

TROISIÈME RÈGLE. — Peuvent être, au contraire, l'objet d'un contrat avec soi-même les aliénations de propriété ou de droits réels entre le représentant et le représenté, pourvu toutefois que soient réunies les conditions spécifiées dans la première règle.

QUATRIÈME RÈGLE. — La ratification par le représenté rend valables tous les actes juridiques accomplis par le représentant.

Avec cette théorie, Rumelin arrive à justifier, tant au point de vue de la morale que du droit, le « selbsteintritt ».

Pourquoi proscrire un mode de contracter qui ne viole aucun des principes de l'équité, et qui, de plus, peut faciliter l'accomplissement du mandat de la manière la plus utile pour le représenté ? N'y a-t-il pas là comme un acte de gestion qui serait accompli par le mandataire en exécution des ordres qu'il a reçus et qui, ratifié par le représenté, serait considéré par celui-ci comme lui offrant toutes les garanties ? Aucun préjudice n'est résulté de ce mode d'exécution du mandat ; la volonté du mandant a été réalisée et même de la manière la plus efficace. Dans ces conditions, il est excessif de prétendre que le conflit d'intérêts constitue un vice inhérent au contrat avec soi-même, il y a là sans doute

un danger possible, mais, est-ce que, dans toute convention, chacune des parties n'est pas exposée à l'aléa résultant de l'inégalité des prestations, et peut-être des circonstances économiques dans lesquelles le marché est conclu ?

Le rôle du législateur est assurément de couvrir de sa protection les incapables, et tous ceux qui, dans la lutte pour la vie, ne sont pas en position de défendre efficacement leurs intérêts. Mais on ne s'explique pas pourquoi il interviendrait dans notre hypothèse, alors que le représenté demeure toujours le maître de la situation, conserve toujours la faculté de refuser un contrat qui lui paraît désavantageux en n'acceptant pas le procédé employé par le représentant, et de désavouer l'intervention dont le mandataire avait pris l'initiative.

Il y a eu, en définitive, substitution partielle d'un contrat à un autre, le mandat a disparu pour faire place à une vente ; les personnes qui étaient, au début, placées dans les relations de mandant à mandataire deviennent, par la suite, les deux sujets d'un contrat de vente ; il y a là comme une sorte de novation (1), par changement dans la nature du contrat.

Cependant il ne serait pas absolument exact de soutenir, avec M. Gouget, que le mandataire a vu ses obligations primitives se transformer et devenir celles d'un acheteur ou d'un vendeur, Nous penserions plutôt qu'il

(1) Gouget, *op. cit.*, p. 86.

assumerait de nouvelles obligations venant se superposer aux anciennes, pour l'hypothèse où le représenté agréerait le contrat ; et il serait tenu, à raison de sa qualité persistante de mandataire, d'éviter tout ce qui, dans l'opération, dépasserait le profit normal retiré en général d'opérations analogues. Au surplus, la preuve manifeste que la qualité de mandataire ne s'est pas complètement évanouie, c'est que le droit à une rémunération ne cesse pas d'appartenir au commissionnaire.

Il y a des motifs sérieux qui militent en faveur de cette solution : bien qu'ayant pris pour lui le contrat, le commissionnaire n'en a pas moins droit à sa rémunération, parce qu'il a rendu au commettant un service qui légitime un salaire indépendant : il lui a ouvert l'accès du marché où le client ne pouvait venir opérer en personne ; grâce à ce concours ce dernier a pu prendre la position d'acheteur ou de vendeur avec les chances qui s'y attachent (1).

En définitive, on n'aperçoit pas au nom de quels principes on rejetterait dans les législations modernes la possibilité du contrat avec soi-même.

Cependant les arguments qu'on invoque pour condamner la légalité de ce contrat reposent sur des textes qui paraissent formels : ce sont les articles 420, 450, 472, 1596 du Code civil, 40 de la loi du 24 juillet 1867

(1) *Sic* : Paris, 17 mars 1896, S. 98.2.121 ; Trib. comm. Seine, 17 juin 1899, S. 02.2.29 ; Paris, 28 mars 1901, *Gaz Pal.*, 01.1.684 ; Req., 22 mai 1905, D. 06.1.33.

sur les sociétés par actions, et 43 du décret du 7 octobre 1890.

En ce qui concerne d'abord les articles 420 et 472, il n'y a pas lieu d'y insister longuement. Ils concernent, en effet, la protection d'une personne incapable ; il ne s'agit plus de la représentation d'une personne capable par un mandataire conventionnel ; sous la réserve de cette observation, les articles 420 et 472 sont évidemment inspirés par une pensée de méfiance vis-à-vis du tuteur, puisqu'il s'agit de veiller au patrimoine du mineur, en lui donnant un subrogé-tuteur, pour le cas où ses intérêts se trouveraient en opposition avec ceux du tuteur. D'autre part, s'il est défendu au tuteur de passer un traité avec le mineur devenu majeur, avant la reddition du compte de tutelle, c'est que le législateur a été inspiré par la préoccupation de soustraire l'ex-pupille à l'influence du tuteur. Donc, dans ces deux hypothèses, le législateur a voulu protéger une personne qui, par suite de son incapacité, ou d'un ascendant auquel elle ne pouvait se dérober, était hors d'état de défendre son patrimoine contre les actes du représentant.

C'est la même idée qu'on trouve dans l'article 1596 du Code civil. C'est sans doute une collision d'intérêts que le législateur redoute dans l'article 1596, comme dans l'article 450 ; mais il n'y a là qu'une présomption, car il est admis par tous que la règle énoncée par ces textes comporte des exceptions. La pensée du législateur se découvre aisément, lorsqu'on consulte les tra-

vaux préparatoires : « Il ne veut point mettre l'intérêt personnel aux prises avec le devoir ; rien n'est plus honorable que les motifs de cette disposition. Le tuteur qui vend les biens de son pupille, le mandataire qui vend ceux de ses commettants, en un mot, les divers agents qui vendent pour le compte d'autrui, doivent, par devoir, faire en sorte d'obtenir le plus haut prix possible, puisque c'est le plus grand avantage de ceux qu'ils représentent. S'il leur était permis de se rendre adjudicataires, leur propre intérêt les inviterait à vendre au plus bas prix. Cet inconvénient disparaît au moyen de la prohibition : elle ne peut être désagréable aux hommes délicats : quant à ceux à qui elle déplairait, leurs regrets serviraient d'autant plus à la justifier » (1).

Les articles 450 et 1596 sont évidemment les arguments les plus graves sur lesquels s'appuie la doctrine qui repousse la validité du contrat avec soi-même. Mais si ces textes avaient la portée qu'on leur assigne, s'ils consacraient une impossibilité de contracter dérivant de la nature même des choses, ils ne comporteraient d'abord aucune exception, et, en outre, la sanction qui atteindrait toute infraction à ces textes serait une nullité absolue susceptible d'être proposée par tout intéressé. Or, il n'est pas douteux que les articles 450 et 1596 comportent des exceptions.

D'abord, l'article 450 ne défend pas au tuteur de se

(1) Fenet, t. XIV, p. 155, 156.

rendre adjudicataire des biens dont il serait copropriétaire par indivis avec son pupille ; en effet, le texte, qui ne vise que les biens *des mineurs*, semble être resté étranger à cette hypothèse, et ne s'y applique pas littéralement. En outre, on ne rencontre plus ici de contradiction d'intérêts qui légitime la prohibition. « Il n'y a plus, dit M. Guillouard, contradiction d'intérêts entre le tuteur et le mineur, mais similitude d'intérêts, l'un et l'autre étant intéressés à ce que les biens mis en vente atteignent la plus haute valeur qu'ils puissent obtenir. » Et il semble naturel d'étendre cette dérogation à la règle au cas où le tuteur serait usufruitier et le pupille nu propriétaire des biens vendus ; là encore, le tuteur pourrait acheter les biens dont il s'agit, son intérêt concordant avec celui du pupille (1).

En ce qui concerne l'article 1596, il est certain que ce texte est édicté pour les ventes aux enchères et est inapplicable à la vente amiable (2). D'ailleurs, limitant les pouvoirs du mandataire chargé de vendre, il est étranger au mandataire chargé d'acheter ; on conçoit d'ailleurs très bien qu'il y ait eu des raisons pratiques de restreindre les limites de la prohibition qu'il formule ; comme le remarque M. Morel (3), « il y avait

(1) Guillouard, *De la vente*, t. I, p. 140, nos 120 et suiv. ; Aubry et Rau, t. IV, § 351, p. 347, texte et note 9 ; Paris, 14 août 1866, S. 67. 2.312, D. 67.2.120 ; Montpellier, 10 juin 1862, D. 63.2.30.

(2) Boistel, *Précis de droit commercial*, 4^e éd., n° 622 ; Wahl, notes S. 98.2.121 ; 03.1.209 ; Dreyfus, *La question du commissionnaire contrepartiste devant la doctrine*. Paris, 1904, p. 16.

(3) *Du commissionnaire contrepartiste*. Thèse, Lille, 1904, p. 274.

une raison juridique de ne pas étendre l'interdiction au mandat d'acheter ou de vendre à l'amiable. C'est qu'en effet, l'opération du mandataire qui se porterait acheteur ou vendeur à l'amiable sans le consentement du mandant serait nulle, sans que l'on ait besoin de recourir à l'article 1596. En effet, la vente manquerait d'un de ses éléments essentiels : l'article 1591 exige que le prix soit déterminé et désigné par les parties. Par conséquent, l'article 1596 doit être restreint à l'hypothèse qu'il prévoit ».

Enfin, si les articles 450 et 1596 étaient fondés sur une impossibilité de contracter avec soi-même tenant à la nature même des choses, ils seraient sanctionnés par une nullité absolue, susceptible d'être invoquée à la fois par le propriétaire des biens dont il s'agit et par l'acquéreur de ces biens ; or c'est un caractère tout opposé que la jurisprudence assigne à cette nullité ; elle décide qu'elle est seulement relative, attendu qu'elle est établie dans l'intérêt du propriétaire et qu'elle fonctionne comme une véritable peine privée contre les mandataires qui transgresseraient l'article 1596 (1).

Ce n'est donc pas en définitive dans les articles 450 et 1596 qu'on peut trouver les bases d'une conception d'ensemble opposée à l'admission du contrat avec soi-même dans le droit français. Les autres textes invoqués sont-ils plus probants ? L'article 40 de la loi du 24 juil-

(1) Aubry et Rau, t. IV, § 351, texte et note 349.

let 1867 interdit aux administrateurs des sociétés anonymes de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou un marché passé avec la société ou pour son compte. Serait-ce donc la prohibition, en termes plus explicites, du contrat avec soi-même ? Il est permis d'en douter, si l'on se réfère aux motifs qui ont inspiré la rédaction de l'article 40 ; les sociétés par actions avaient, depuis longtemps, l'habitude de composer leur conseil d'administration de financiers et de banquiers. En présence de cette situation, le législateur redouta que des personnes qui étaient spéculateurs par profession ne fussent tentées de conserver un intérêt dans les opérations dont elles étaient chargées pour le compte de la société ; d'où une collision d'intérêts possible.

Ce fut dans ces circonstances qu'intervint l'article 23 de la loi du 23 mai 1863, aux termes duquel, en toutes circonstances, un administrateur ne pouvait prendre un intérêt direct ou indirect dans une opération faite avec la société ou pour son compte (1). Une prohibition aussi absolue constituait un danger, non plus pour la société, mais pour ses administrateurs ; ils ne pouvaient plus faire escompter aucune de leurs valeurs sur la place, ni davantage escompter les effets de la société (2). Des atténuations auraient pu être apportées à ce régime par l'assemblée générale, mais il aurait

(1) Tripier, *Commentaire de la loi de 1863*, p. 30.

(2) Boistel, n° 312.

fallu la réunir pour chaque opération, ce qui n'était guère pratique. Donc, en fait, les administrateurs des sociétés anonymes ne pouvaient passer aucun contrat avec eux-mêmes et, pour ce motif, la société était souvent privée du concours d'hommes intelligents et actifs, dont la gestion aurait pu être des plus utiles à la société. Sous l'empire de ces considérations, le législateur se décida, en 1867, à restreindre la portée de l'interdiction qu'il avait formulée, et il établit une distinction entre les entreprises et les marchés, d'une part, et les autres contrats.

En définitive, en vertu de l'article 40 de la loi de 1867, l'administrateur d'une société anonyme paraît autorisé à passer avec la société des actes de commerce isolés. Il demeure libre de vendre ses marchandises à la société ou de lui en acheter, à la condition que ces opérations s'accomplissent aux conditions économiques normales. Par conséquent, abstraction faite des contrats qui se traduisent par des prestations répétées, l'administrateur d'une société anonyme peut conclure avec sa propre maison les actes courants (1).

Au surplus, M. Thaller reconnaît que, d'une manière générale, il n'existe pas dans l'ensemble de notre législation de règle absolue qui interdise à une personne de tenir dans un même contrat les deux rôles opposés et de traiter avec soi-même (2). M. Thaller se prononce

(1) Cf. Thaller, n° 662.

(2) *Traité*, n° 408.

par là, très nettement, dans ce sens que l'interdiction portée dans l'article 40 ne concerne pas le contrat avec soi-même envisagé comme tel ; ce texte a simplement voulu prévoir les seules hypothèses où les droits de la société pourraient être compromis. Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que l'assemblée générale de la société aurait la faculté de lever la prohibition dont il s'agit. Enfin, n'est-il pas certain que dans de nombreuses hypothèses on rencontre des personnes qui occupent, dans une même opération, deux situations opposées et qui contractent quotidiennement avec elles-mêmes. D'abord, dans les sociétés par intérêts, l'opinion la plus générale admet que le gérant vote valablement dans l'assemblée où est jugée sa propre conduite. En effet, la Cour de cassation reconnaît elle-même qu'il n'existe aucun principe d'ordre public qui prescrive en pareil cas une solution impérieuse ; « tout dépend de la volonté des parties, lesquelles sont libres de régler à leur gré le mode de délibération et de votation dans l'assemblée des sociétaires (1). Et, comme on l'a fait remarquer avec raison, n'y a-t-il pas à tenir compte, à ce point de vue, de ce qui se passe dans les assemblées parlementaires, où les ministres ne cessent pas d'exercer leur droit de vote dans la Chambre dont ils font partie, devenant ainsi des éléments de la majorité qui approuve leur programme politique et les actes qu'ils ont ordon-

(1) Cass., 27 juillet 1881, S. 83.1.337, D. 83.1.25.

nés. En prenant part aux délibérations de la société, le gérant, pas plus que le sénateur ou le député, ne porte atteinte aux intérêts de ses collègues ; il est à la fois mandataire et intéressé, et, en définitive, il représente un être moral dont il est lui-même un des éléments et dont la volonté ne serait pas complètement exprimée si le gérant n'avait pas le droit de manifester son avis (1).

Dans les sociétés par actions, la même solution s'impose-t-elle ? L'article 4 de la loi du 24 juillet 1867 ne formule à cet égard qu'une seule prohibition, s'appliquant aux associés qui ont effectué des apports en nature ou qui ont stipulé des avantages particuliers. Il défend aux personnes de cette catégorie de voter dans les assemblées qui délibèrent sur la sincérité de ces apports ou de ces avantages. Or, à la dernière époque, la question s'est posée de savoir s'il convenait de généraliser ce texte, ou s'il importait, au contraire, de le restreindre aux deux hypothèses qu'il mentionne. La Cour de cassation, appelée à statuer sur cette difficulté, paraît avoir voulu consacrer l'interprétation la plus libérale ; c'est ainsi qu'elle autorise le gérant d'une société en commandite par actions, à prendre part au vote de l'assemblée générale ayant pour but, soit de lui attribuer une indemnité pour frais exceptionnels, soit même de statuer sur les comptes de gestion (2).

Cette solution paraît conforme aux principes géné-

(1) Cf. Gouget, p. 186.

(2) Cass., 26 octobre 1896, D. 98.1.65 ; note de M. Thaller.

raux de notre droit, qui est animé d'un esprit de liberté et où les restrictions ne se rencontrent que dans les limites nécessaires à l'intérêt social. On objecte que l'administrateur pourrait, en s'attribuant les procurations des absents qui ont adressé au siège social des pouvoirs en blanc, arriver à disposer de la plus grosse part du capital social, et diriger ainsi la société dans la voie qui répondrait à ses convenances personnelles. A quoi la réponse est facile : les statuts prévoient toujours, en pratique, le nombre maximum des voix que pourra réclamer un administrateur, et on n'aperçoit aucune bonne raison pour priver l'administrateur du droit de vote dans les assemblées générales. « De droit commun, chaque associé participe au vote dans toutes les affaires de la société dont il est membre » (1).

Enfin, c'est encore le principe de la liberté qui doit s'appliquer, lorsque deux sociétés distinctes possèdent le même gérant ou le même administrateur. On se demande si, dans cette hypothèse, le gérant ou l'administrateur dont il s'agit ont le pouvoir de faire contracter ensemble ces deux sociétés. Il semble qu'aucune règle de droit ne s'y oppose. C'est ainsi qu'un mandataire qui représente les intérêts de deux personnes différentes est autorisé à conclure des contrats mettant les deux sociétés en rapports réciproques (2). Du moment que

(1) Cf. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e éd. t. II, n^{os} 263 et 846 ; Houpin, *Traité des sociétés*, 2^e éd., n^o 903.

(2) Gouget, p. 193.

les gérants agissent en qualité de véritables mandataires des deux sociétés, qui ont une personnalité morale bien établie, de semblables contrats sont parfaitement licites (1).

En somme : ou bien, le gérant apparaît comme l'associé principal dans chacune des sociétés, et, dans ce cas, il serait absurde de lui permettre le contrat avec soi-même ; ou bien, il est uniquement un mandataire quelconque et, dans ce cas, rien ne s'oppose à ce qu'il les fasse contracter ensemble.

Voici maintenant la conclusion générale qui se dégage de l'examen des articles ayant trait aux hypothèses où un mandataire est placé en situation de contracter avec lui-même. Les dispositions des articles 430 et 1596 du Code civil, celles des articles 4 et 40 de la loi du 24 juillet 1867 contiennent des prohibitions particulières, justifiées par des motifs spéciaux aux situations visées, mais il n'en résulte nullement qu'elles représentent des manifestations, éparses dans notre droit, d'un principe général constatant l'impossibilité juridique pour une personne de se porter contre-partie de son représentant.

En adoptant l'opinion contraire, on est souvent influencé par des considérations de logique juridique et par l'impossibilité de concevoir qu'une personne accomplisse un acte juridique avec elle-même, attendu que les rapports de droit, dans l'ordre patrimonial, s'éta-

(1) Cf. Boistel, *Cours de droit commercial*, p. 131 et suiv.

blissent nécessairement entre deux patrimoines au moins. On répète qu'on se heurte à une véritable impossibilité, en soutenant qu'un semblable rapport peut être créé par une personne avec son propre patrimoine. Assurément, nous ne songeons nullement à contester cette vérité primordiale. Mais, en réalité, l'idée que des relations juridiques exigent une dualité de patrimoines, trouve parfaitement satisfaction, lorsqu'un représentant passe un contrat avec lui-même. Si l'un des termes du rapport juridique se rencontre dans son patrimoine, l'autre terme, c'est-à-dire les droits ou les obligations corrélatifs, sont invoqués ou assumés par une autre personne, donc par un patrimoine différent du premier. Dès lors, on constate bien la dualité des patrimoines dont chacun est un aboutissant du rapport juridique ; et il n'est plus permis de prétendre que le contrat ne peut plus valablement se former.

Enfin, on rencontre bien aussi deux volontés distinctes, car, là où un représentant intervient, la volonté agissante qui est exprimée est celle du représentant lui-même, sans doute ; mais la volonté du représenté est immédiatement substituée à celle du représentant dans la formation de l'acte juridique. Suivant la formule saisissante d'Ihering (1), *la représentation n'est autre chose que la séparation de la cause et de l'effet de la cause*. En d'autres termes, quant à la cause, c'est-à-dire quant

(1) *Esprit du droit romain*, t. IV, 2^e édit., trad. de M. Meulenaère, p. 71.

à la formation de l'acte, une seule volonté agit : celle du représentant. Mais, quant à l'effet, il se produit dans le patrimoine du représenté. Il est nécessaire, sans doute, que la volonté du mandataire soit d'accord avec celle du mandant ; mais cette condition n'est pas exclusive du rôle propre joué dans la représentation par la volonté du mandataire. Ce dernier n'est pas un phonographe vivant ; il ne tient pas la situation effacée d'un simple instrument de transmission de la volonté d'autrui ; c'est sa propre volonté qu'il exprime, et c'est lui-même qui accomplit l'acte juridique. Et cette volonté est efficace, du moment qu'elle est conforme aux instructions qui émanent du mandant.

Que telle soit la conception exacte de la représentation, on n'en saurait douter, si l'on consulte le Code. Il résulte de l'article 1984 que le mandat consiste dans le pouvoir donné par une personne à une autre d'accomplir un acte juridique ; c'est donc bien la personnalité du mandataire qui apparaît dans l'acte juridique ; et son rôle ne se borne pas à servir d'expression à la pensée d'une autre personne. Seulement, si le mandataire réalise lui-même l'opération, il n'en assume pas les effets ; ceux-ci se produisent dans le patrimoine du représenté, comme si ce dernier avait agi lui-même. Là est la condition essentielle ; il est nécessaire que le représentant ait l'intention bien arrêtée de faire naître, dans le patrimoine du représenté, les effets de l'opération intervenue ; il n'est pas besoin, d'ailleurs, en principe, que cette volonté soit

exprimée d'une façon particulière. Si cette condition est observée, l'acte accompli par le représentant engendre activement et passivement toutes ses conséquences dans le patrimoine du mandant.

Il ressort de cette analyse que, dans les rapports du mandataire et du représenté, rien ne s'oppose à ce que le représentant se porte contre-partie directe dans l'opération dont il a été chargé. Il y aura toujours deux volontés qui seront entrées en relations réciproques : celles du mandataire et celle du mandant. Et, comme rien n'est indivisible dans une manifestation de volonté, on conçoit facilement que le mandataire exprime une certaine volonté comme représentant, et une autre comme contre-partie directe. Le contrat avec soi-même ne se heurte à aucune impossibilité juridique, car il permet toujours d'apercevoir, en cas de représentation, un rapport formé entre deux patrimoines.

Ces caractères essentiels de la représentation se retrouvent dans la représentation indirecte ou commission, comme dans le mandat du droit civil. Peu importe que le commissionnaire livre à son commettant un bien compris dans son patrimoine, au lieu de l'avoir acheté préalablement d'un tiers, ou qu'il paye de ses propres deniers le prix du bien qu'il a été chargé de vendre ; ce sera toujours dans le patrimoine du commettant que se produiront les conséquences de l'opération qu'il a été chargé d'accomplir.

CHAPITRE IV

LES OPÉRATIONS DE CONTRE-PARTIE DANS LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES.

Dans la plupart des législations étrangères, il est admis que le contrat avec soi-même est possible dans le domaine de la représentation directe, comme dans le domaine de la représentation indirecte ou commission.

Il existe un certain nombre de législations qui sont très explicites à cet égard : l'article 386 du Code de commerce italien ne s'oppose nullement à ce que le commissionnaire s'établisse contre-partie de son commettant. En pareille situation, le commissionnaire conserve cependant son droit à la commission. Si, en donnant avis de l'accomplissement du contrat de commission, le commissionnaire n'a pas fait connaître la personne avec qui il va contracter, le commettant a le droit de le considérer comme ayant vendu ou acheté pour son compte, et d'exiger de lui la réalisation du contrat (1). La même faculté est admise par le Code fédéral suisse des obligations (art. 444 à 446) (2), par le Code de commerce hongrois (art. 481), le Code de commerce roumain

(1) Vidari, *Corso di diritto commerciale*, t. IV, n° 2686 et suiv.

(2) *Annales de droit commercial*, 1901, p. 84.

(art. 411), le Code de commerce portugais (art. 274). Il est vrai que d'autres lois se prononcent en sens contraire. Notamment le Code de commerce espagnol (art. 267), dispose que nul commissionnaire ne peut acheter pour lui-même ni pour autrui ce qu'il a reçu mandat de vendre, ou vendre ce qu'il a été chargé d'acheter, sans l'autorisation du commettant ; de même l'article 271 du Code chilien édicte une prohibition analogue, que l'on retrouve dans les articles 262 et 263 du Code argentin.

Le droit anglais admet les mêmes principes. Au Stock-Exchange, les brokers (intermédiaires qui opèrent pour le compte d'autrui, et qui reçoivent, comme nos agents de change, des ordres, généralement transmis par des personnes qui ne sont pas membres du Stock-Exchange, d'effectuer des achats ou des ventes de valeurs à la Bourse), n'ont pas le droit de se porter eux-mêmes contre-parties de leurs clients ; un broker ne peut passer ses propres titres à son client, de même qu'il ne peut acheter les titres au sujet desquels il a reçu un ordre de vente (1). Toutefois M. Morel rapporte, dans sa thèse, qu'à la Bourse des marchandises les brokers opèrent parfois pour leur propre compte (2).

Mais c'est évidemment en Allemagne que la question du commissionnaire contre-partiste a été le plus étudiée. Antérieurement au Code de commerce de 1861, la doc-

(1) Lehr, *Éléments de droit civil anglais*, n° 886.

(2) Morel, p. 231.

trine allemande était généralement favorable à la validité de l'opération par laquelle le commissionnaire se portait contre-partie (1). Les auteurs allemands remarquaient avec raison qu'il n'existe aucun motif d'interdire aux intermédiaires en Bourse le contrat avec soi-même, toutes les fois au moins que cette opération est de nature à procurer au donneur d'ordre les mêmes avantages que si elle avait été conclue avec un tiers.

Cet usage était consacré dans la pratique des affaires (2), les commissionnaires y gagnaient davantage de ne pas dévoiler le nom de leurs clients, et ils prenaient ainsi eux-mêmes la situation de vendeur ou d'acheteur. Pour eux la convention de *ducroire* avait pour conséquence de transformer leur rôle d'intermédiaire, et de les autoriser à se porter contre-partie directe. Toutefois la jurisprudence allemande n'acceptait pas volontiers cette manière de voir, qui avait pour conséquence d'affranchir les commissionnaires de l'obligation de rendre compte, et elle estimait que ceux-ci restaient des mandataires et n'étaient pas autorisés à réaliser un bénéfice au détriment de leur commettant (3). Il n'en restait pas moins acquis que le contrat avec soi-même était regardé comme absolument licite de la part des commissionnaires.

(1) V. notamment : Treitschke, *Rechtsgrundsätze vom Kommissionshandel*. Leipzig, 1839, p. 15 et s. ; et Wilda, *Rechtslexicon* de Weiske, V^o *Commissionshandel*.

(2) Ackermann, *Archiv de Busch*, t. VI, p. 307.

(3) Cf. de nombreuses décisions de l'Obertribunal de Prusse notamment jugement du 4 septembre 1860 ; Striethorst, t. xxxix, p. 23.

Là-dessus intervint le Code de commerce de 1861. Le législateur allemand reconnut que la pratique du *Selbsteintritt* était le plus souvent aussi favorable au commettant que la conclusion de l'opération avec un tiers ; de là, l'ancien article 376, ainsi conçu : « Dans la commission pour l'achat ou pour la vente de marchandises, de lettres de change, ou de valeurs mobilières qui sont cotées à la Bourse ou au marché, le commissionnaire a le droit, quand le commettant n'a pas stipulé le contraire, de livrer comme vendeur la chose qu'il doit acheter, ou de garder pour lui comme acheteur la chose qu'il doit vendre. Dans ce cas, l'obligation du commissionnaire de rendre compte de l'achat ou de la vente se borne à justifier que, pour la fixation du prix, il s'est conformé aux cours de la Bourse ou du marché, au moment de l'exécution. Il a droit à la commission ordinaire, et il peut porter en compte les autres frais d'usage en matière de commission. Par là, le législateur allemand avait montré son intention bien arrêtée de rompre avec les principes traditionnels admis en matière de mandat. La conception romaine de ce contrat jadis envisagé comme reposant avant tout sur l'amitié, et comme obligeant à une exécution littérale des instructions du mandant, se transformait donc, et l'on tenait compte des nécessités du commerce, comme aussi de la volonté du commettant, puisqu'en définitive le seul but que ce dernier cherche à atteindre, c'est l'exécution heureuse du marché qu'il a conclu.

Mais les intermédiaires abusèrent de leur situation nouvelle. Ils prirent l'habitude d'insérer, dans les conditions qu'ils dictaient à leurs clients, une clause portant que, si aucun tiers n'est désigné dans l'avis d'exécution, le commettant est obligé de considérer l'intermédiaire comme acheteur ou vendeur (1). Par là, le commissionnaire pouvait se borner à porter en compte, dans ses relations avec le commettant, le cours au moment de l'exécution, sans lui procurer les bénéfices personnels qu'il avait réalisés en traitant à un cours plus élevé, pendant la journée ; la loi couvrait donc elle-même la spéculation de l'intermédiaire aux dépens de son client. Toutefois, la pratique du contrat avec soi-même était limitée à des hypothèses strictement énumérées par l'ancien article 376 :

1° Il ne pouvait avoir lieu que dans la commission de vente ou d'achat de marchandises, lettres de change, ou valeurs ayant un prix de Bourse ou de marché ; le prix ainsi fixé était considéré par le législateur comme servant de moyen de contrôle efficace, empêchant tout agissement frauduleux du commissionnaire ;

2° La faculté de se porter contre-partie directe ne devait pas avoir été interdite au commissionnaire. Mais il était admis dans la pratique que cette autorisation pouvait être tacite.

(1) Endemann, *Das moderne börsenkommissionsgeschäft im effectenverkehr*, p. 21 et suiv.

Sur la question de savoir quand et jusqu'à quel moment la faculté de conclure le contrat avec soi-même était possible pour le commissionnaire, la jurisprudence admettait que, jusqu'au moment où le commissionnaire avait déclaré au commettant qu'il s'était porté contrepartie, ou qu'il avait contracté avec un tiers, il demeurait maître d'opter entre ces deux partis ; par conséquent, l'exercice de son choix n'était restreint par aucune limite invariable (1). De là, de graves dangers possibles, notamment celui de réaliser un bénéfice illégitime aux dépens du commettant ; la difficulté pour celui-ci de prouver que telle opération rapportée sur les livres de l'intermédiaire avait eu lieu pour son compte, et correspondait à son ordre. Bien entendu, le contrat avec soi-même, étant considéré comme un mode normal d'exécution de la commission, ne formait aucun obstacle à l'exigence d'une provision et au paiement des honoraires habituels.

Les abus que l'expérience avait révélés augmentaient, à mesure que s'accroissaient le nombre des valeurs mobilières et celui des transactions en Bourse, La petite épargne était particulièrement atteinte ; les petites gens qui se rendaient à la Bourse subissaient l'ascendant des intermédiaires et, manquant d'expérience personnelle, ils souscrivaient sans difficulté aux conditions que leur imposaient ces derniers. La loi de 1861 ne permettait

(1) *Reichsoberhandelsgericht*, t. XIX, p. 358.

donc pas une surveillance suffisante sur les agissements de la spéculation, et la clientèle des commissionnaires en éprouvait un grave préjudice.

La nécessité d'une réforme s'imposait donc. Surtout sur les titres des petites sociétés, il était facile, de la part des intermédiaires, qui figuraient dans les conseils d'administration ou qui y étaient représentés par des personnes de confiance de provoquer des oscillations brusques dans les cours, soit dans le sens de hausse (réclames, conseils ou renseignements inexacts), soit vers la baisse, en vendant de grandes quantités des titres dont ils disposaient. On ne pouvait, dans ces conditions, considérer les prix de Bourse comme constituant un contrôle efficace de l'intervention conduite par l'intermédiaire. M. Morel rapporte qu'une maison de contre-partie berlinoise conseilla un jour à ses clients d'acheter les titres d'une société qu'elle leur présentait comme susceptibles d'une hausse. Il suffit ensuite à la Banque d'accaparer la plus grande partie des titres dont il s'agissait pour réduire singulièrement la quantité disponible sur le marché et faire monter les cours. Et la Banque profita des prix élevés ainsi atteints, en se portant vendeur, par petites fractions, du stock important qu'elle avait ainsi accumulé (1).

Les abus les plus fréquents commis de cette manière étaient la taille des cours et la spéculation sur le dos du

(1) Thèse, p. 129.

commettant. Voici ce que signifie la taille des cours : un intermédiaire reçoit l'ordre d'acheter un certain nombre de coupures d'une même valeur, et il se réserve la possibilité de se porter contre-partie directe, soit qu'il possède déjà les titres en question, soit qu'il les achète d'un tiers pour les livrer au commettant, il ne manquera pas de lui réclamer au prix fixé d'après le cours le plus élevé obtenu dans la journée, et il adressera l'avis d'exécution au moment où le cours lui paraîtra le plus haut. Très généralement on considérait un semblable procédé comme illicite et n'offrant d'avantages que pour l'intermédiaire, tandis qu'il a toujours été dans les vues du commettant de réaliser le marché dans les conditions les plus avantageuses.

Dans la spéculation sur le dos du commettant, les opérations étaient un peu plus compliquées, mais le résultat était tout aussi préjudiciable au donneur d'ordre. « Le commissionnaire, par exemple, recevait un ordre d'achat. Il exécutait l'ordre avec un tiers au cours de 102 francs ; le cours montait à 104 ; le commissionnaire considérait alors l'affaire comme conclue pour son propre compte ; il le pouvait, puisque rien n'établissait qu'il eût exécuté la première fois l'ordre de son client : il revendait les titres achetés au cours de 104, et se portait de nouveau acheteur à ce cours. Si le cours restait stationnaire ou tombait, il portait en compte le prix du dernier achat, 104 ; si, au contraire, la hausse continuait, et si l'on cotait 105, il revendait à nouveau à ce

prix et rachetait au même moment » (1). Il en résultait qu'en toute hypothèse, le prix que versait le donneur d'ordre était calculé d'après le cours le plus élevé, et le client demeurerait invariablement exposé à tous les risques de l'opération, sans pouvoir bénéficier des chances favorables. Il y avait là encore un abus qui nécessitait une réforme. Ce n'est pas, bien entendu, que le contrat avec soi-même, appliqué aux opérations de Bourse, soit une mauvaise institution ; seulement, en raison du voile dont il recouvre la réalisation du contrat, il facilite les agissements frauduleux, surtout de la part des maisons de second ordre, dont la clientèle est presque exclusivement recrutée parmi les petits capitalistes peu expérimentés. Ces maisons ont d'ailleurs, en Allemagne, l'habitude de joindre à la profession de commissionnaire l'exercice du commerce pour leur propre compte. De là une tendance toute naturelle, mais regrettable, à confondre leur propre patrimoine avec celui des donneurs d'ordre.

Cette pratique aboutit au résultat suivant : les titres appartenant aux clients ne font pas l'objet, dans les écritures de la maison, d'articles spéciaux permettant de les individualiser et de reconnaître la série des opérations qui leur auront été appliquées ; d'autre part, à défaut d'exécution des obligations du commettant, le jour de l'échéance, la réalisation des titres lui apparte-

(1) Morel, p. 140.

nant peut avoir lieu sans aucune intervention judiciaire. Les titres remis par les capitalistes aux maisons de commission formaient l'objet d'un dépôt irrégulier, et, d'après le témoignage d'Endemann (1), le dépôt était toujours accompagné de la clause suivante : « Toutes les valeurs existant chez nous, qu'elles proviennent d'achat, de vente ou de toute autre opération, seront administrées avec nos propres valeurs, sans aucune distinction, de telle sorte que nos commettants n'aient qu'un droit de créance sur un nombre de titres d'une espèce déterminée, sans avoir aucun droit sur des titres spécialisés. » (p. 60.) Cette clause avait pour effet d'assimiler à un dépôt toute valeur se trouvant chez un banquier et sur laquelle un client avait ou pouvait avoir un jour, en vertu d'un contrat actuel, quelque droit réel (2). Avec de semblables conventions les opérations purement fictives étaient facilitées, des avis de prise en charge pouvaient être envoyés, alors que la maison avait déjà profité des valeurs remises en dépôt en en disposant dans un but quelconque.

On finit par s'apercevoir que l'ancien article 376 permettait des agissements dont le caractère frauduleux n'échappait à personne. Des catastrophes s'étaient produites en assez grand nombre ; d'autre part, la fin du xix^e siècle fut marquée par une vive campagne antiter-

(1) *Das moderne Börsenkommissionsgeschäft.*

(2) Sayous, *Les Bourses allemandes de valeurs et de commerce*, 1898, p. 581.

miste ; le parti agrarien accusait les opérations à terme d'avilir les prix. Aussi, en 1892, fut nommée une commission de réforme de la loi des Bourses ; elle eut notamment à rechercher les conditions dans lesquelles le contrat avec soi-même pouvait se concilier, sans danger pour la clientèle, avec les obligations des commissionnaires.

D'une part, on faisait valoir qu'il était impossible de rejeter le *Selbsteintritt*, en raison de la pratique des maisons de commission allemandes, habituées à faire en même temps le commerce pour leur propre compte. Mais ce contrat apparaissait comme condamnable en tant qu'il favorisait la taille des cours et les spéculations des intermédiaires sur le dos du commettant. La meilleure solution était celle qui, tenant compte à la fois de ces deux considérations opposées, consistait à admettre la validité du contrat avec soi-même, tout en excluant les abus par une réglementation légale très stricte.

Ce fut l'objet de la loi du 22 juin 1896 sur les Bourses, qui a abrogé l'ancien article 376. Voici quelles sont, d'après cette loi, les conditions dans lesquelles les commissionnaires peuvent se porter contre-parties de leurs clients.

I. — Le contrat avec soi-même n'est permis que dans la commission d'achat ou de vente des marchandises qui ont un prix de Bourse, ou de valeurs pour lesquelles un prix de Bourse ou de marché est officiellement établi. Par là, le législateur s'est proposé de mettre obstacle

aux manœuvres du commissionnaire tendant à influencer l'évolution des cours. Or, du moment qu'il s'agit d'une cote officielle, les agissements de ce genre sont proscrits. La loi de 1896 astreint en effet les Bourses à une surveillance d'Etat sévèrement organisée. La Bourse est administrée par une grande corporation, « die kaufmannschaft », qui nomme à l'élection un Comité de direction, choisi parmi les plus anciens de la place de Berlin, et qui se divise en deux sections, affectées l'une à la Bourse des valeurs, l'autre à la Bourse des produits. Cette délégation des anciens s'appelle le conseil d'administration de la Bourse ; c'est lui qui prépare le règlement de la Bourse, qui détermine les conditions auxquelles seront admis les intermédiaires et les valeurs. Aucune valeur ne peut faire l'objet d'une négociation en Bourse, si elle n'a été préalablement acceptée à la cote. Le conseil de direction a le pouvoir de se constituer en tribunal d'honneur, et de réprimer toutes les manœuvres, toutes les entreprises irrégulières que les intermédiaires tenteraient, en vue de fausser les cours. En pareil cas, les délinquants, punis d'abord par une réprimande, peuvent en outre être exclus temporairement ou même définitivement de la Bourse. Le comité de direction établit, à la fin de chaque séance, la cote officielle des valeurs, et dresse les cours du jour.

D'autre part, pour réduire à leur minimum les risques d'abus, le gouvernement a le droit d'imposer au comité de direction de la Bourse des produits l'adjonc-

tion de certains membres empruntés au milieu de l'agriculture et de la meunerie. La loi de 1896 a pris encore des précautions d'une autre nature ; le marché à terme (*Börsentermingeschäft*) est interdit sur les céréales, c'est-à-dire sur les blés et sur les farines ; il ne peut pas s'appliquer davantage aux valeurs industrielles et aux actions minières. Pour toutes les autres entreprises (actions de société, de banque ou de finance), le marché à terme n'est possible que si le capital de la société s'élève à 20 millions de marks. On exige en outre le dépôt préalable d'un prospectus, renseignant le public sur les précédents de valeurs et les chances de succès qu'elle offre. Enfin, les valeurs admises dans ces conditions ne peuvent être trafiquées à terme que par des personnes inscrites sur le registre de la Bourse (lèquel est complètement distinct du registre du commerce).

Il est évident qu'avec un tel luxe de précautions la sincérité des prix de Bourse ne saurait être mise en doute.

II. — Le commissionnaire ne peut se porter contrepartie de son donneur d'ordre que si celui-ci n'en a pas décidé autrement. Le commettant est présumé, dans le doute, avoir autorisé tacitement le *Selbsteintritt*. Mais il lui est possible de manifester une volonté contraire ; une interdiction implicite pourrait même résulter de ce que la nature de l'affaire témoignerait de l'intention du commettant de voir le marché conclu avec un tiers. La même interdiction résulterait de ce que l'ordre aurait

été transmis avec la clause de *vente aussi supérieure que possible au prix du marché* (1). En effet, par là, le commissionnaire ne peut jamais être assuré, même en prenant le marché pour lui-même à un prix très élevé, qu'il n'aurait pas pu obtenir des conditions plus avantageuses d'un tiers.

On s'est demandé si, depuis la loi de 1896, le contrat avec soi-même était possible dans les marchés différentiels (*Differenzgeschäfte*). Ce point était déjà très douteux sous l'empire de l'ancien article 376 ; mais la jurisprudence se prononçait pour la négative. Depuis 1896, la question est simplifiée, attendu que, aux termes du paragraphe 66, toute personne inscrite sur le registre des Bourses ne peut se soustraire au paiement de la différence qu'elle a perdue, en invoquant une exception fondée sur ce qu'elle n'aurait jamais eu l'intention d'exécuter par une livraison réelle. Dès lors, tout marché à terme passé entre personnes inscrites est considéré comme un véritable contrat de vente, et non comme une opération différentielle, en vertu de la loi. Quant aux marchés différentiels conclus entre personnes non inscrites, ils sont dépourvus de toute valeur et, par suite, dans un cas comme dans l'autre, il n'y a plus à parler de la possibilité de se porter contre-partie directe pour l'intermédiaire.

Moyennant ces deux conditions, tout commission-

(1) Cosack, trad. Mis, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 331.

naire a la faculté de pratiquer le contrat avec soi-même. C'est même un droit pour lui que d'agir ainsi (1). Mais, s'il pratiquait le *Selbsteintritt*, sans observer les conditions précédentes, c'est-à-dire contre le gré de son commettant, ou sur des valeurs ou sur des marchandises dont le cours n'est pas coté en Bourse, le contrat serait nul ; le commettant aurait le droit de refuser la livraison ou le paiement du prix et même d'agir en dommages et intérêts.

Toutefois, il ne semble pas que la loi allemande ait voulu empêcher les parties, si elles tombent d'accord sur ce point, d'accepter le procédé du contrat avec soi-même, même en dehors des conditions légales. Du moment que le commettant a donné son adhésion à une convention de ce genre, il agit en connaissance de cause, et l'on ne s'expliquerait pas que le législateur s'obstinât à l'entourer d'une protection qu'il décline. En principe, le commissionnaire ne peut se porter contre-partie qu'après une déclaration expresse (§ 74) ; le législateur veut par là que le commettant ne conserve aucun doute sur la manière dont sera exécuté son ordre. Et dans ces conditions, il ne semble pas que cette déclaration puisse être suppléée par des procédés d'information d'une autre nature, tels que des actes qui démontreraient chez l'intermédiaire l'intention très nette de passer le contrat avec lui-même (2). Et c'est, au plus

(1) Cosack, p. 329.

(2) Breit, *Das Selbsteintrittsrecht des kommissionärs*, 1899, p. 99.

tard, au moment de la réception de l'avis d'exécution que le commettant doit être informé de l'attitude que l'intermédiaire entend garder dans le contrat. La loi attache, dans ce but, à l'avis d'opéré une grande importance ; elle considère que ce document équivaut à l'exécution avec un tiers. L'envoi de cette pièce signifie en principe, à défaut de mention contraire, que le contrat a été conclu avec un tiers, et le commissionnaire qui n'a pas usé de la faculté de se porter contre-partie est privé pour l'avenir du droit de l'invoquer. Or, comme, en matière de Bourse, les donneurs d'ordre tiennent à être prévenus rapidement de l'exécution du marché, l'intermédiaire est placé par là dans la nécessité de se prononcer dans un bref délai sur le choix, qui lui appartient, de traiter avec un tiers ou de s'appliquer l'ordre. Mais toute déclaration postérieure à l'avis serait inefficace, le commettant serait alors fondé à considérer le marché comme conclu avec un tiers et à intenter un procès en responsabilité au commissionnaire.

Pour éviter des clauses de renonciation anticipée, au bénéfice de cette disposition, clauses qui seraient devenues de style, la loi allemande porte, dans l'article 405, § 2, du Code de commerce, que toute convention entre le commettant et le commissionnaire, selon laquelle la déclaration sur le point de savoir si la commission est exécutée par *Selbsteintritt*, ou par un contrat avec un tiers, pourrait intervenir plus tard que le jour de l'avis d'opéré, est nulle.

D'autre part, il est admis que c'est à partir du moment de l'envoi de l'avis d'exécution par le commissionnaire, et non au moment où ce document est parvenu au commettant que le *Selbsteintritt* devient définitif et produit ses effets (1).

Ainsi compris par la loi allemande, le contrat avec soi-même ne peut être envisagé que comme un mode d'exécution de la commission ; le commissionnaire a le choix de conclure l'affaire avec un tiers ou de passer directement le contrat avec le commettant. Quel que soit le parti auquel il s'arrête, il est dans son rôle, et il n'excède pas ses pouvoirs de représentant. Dans l'une ou l'autre hypothèse, il exécute la commission, et ses obligations comme ses droits demeurent invariables : tenu de rendre compte, il conserve, par contre, son droit à la provision et aux frais (2).

En d'autres termes, conformément à la théorie générale de la représentation, qui distingue entre la cause et l'effet de la cause, selon l'expression d'Ihering, les effets de l'acte accompli par le commissionnaire se manifestent dans le patrimoine du commettant ; seulement, à partir d'un certain moment, les relations juridiques qui unissaient les deux parties l'une à l'autre ont changé de nature, et, après avoir été à l'origine dans la situation

(1) Breit, p. 125 et s.

(2) Von Hahn, *Zeitschrift für handelsrecht*, t. XXIX, et « Commentaire sur l'article 276 du Code de commerce », note 6. — Cf. Cosack, p. 333.

de mandant et de mandataire, ils s'élèvent par la suite, au rôle de vendeurs et d'acheteurs. Mais il n'en reste pas moins acquis que le contrat de commission s'est maintenu dans toute sa pureté jusqu'à l'apparition du contrat de vente, et, si les règles de la vente doivent, finalement, être observées, il y a place aussi pour les droits et les obligations qu'engendre la commission, et, au premier rang, apparaît l'obligation de rendre compte, qui en est la caractéristique (1).

Ce procédé d'exécution de la commission ne heurte d'ailleurs en rien la notion ordinaire des contrats ; il y bien en présence deux volontés qui concourent et qui se lient, car, si l'une d'entre elles, celle qui émane du commissionnaire, est astreinte à une déclaration formelle, l'autre, celle du commettant, est présumée avoir donné d'avance son adhésion, ; elle est donc bien demeurée également un élément indispensable du contrat. Les deux volontés en concours se sont toutes les deux manifestées : mais l'une d'elles seulement s'est déclarée d'une manière positive.

En prévoyant la possibilité du contrat avec soi-même, en matière de commission, la loi allemande s'est attachée à réglementer les principaux points qui pouvaient soulever des difficultés, et, dans cette réglementation, elle s'est inspirée des intérêts du commettant, et elle a voulu que l'exécution de l'opération ainsi comprise ne

(1) Breit, p. 134 et s.

compromît en aucune façon le patrimoine du donneur d'ordre. En conséquence, la circonstance que le commissionnaire se porte contre-partie directe n'est nullement exclusive de l'obligation d'observer dans l'opération, les conditions les plus avantageuses pour le commettant. Par suite, si, en traitant avec un tiers, l'intermédiaire était à même d'obtenir un prix moins élevé, il conserverait, sans doute, la faculté d'user du *Seilbs-teintritt*, mais, dans ses rapports avec son client, il ne devrait porter en compte que le prix le plus avantageux pour ce dernier ; c'est-à-dire, dans l'espèce, celui qu'aurait payé le tiers (1).

Mais la question la plus délicate de toutes, se réfère à l'obligation de rendre compte. Dans une vente normale, chacune des deux parties jouant un rôle opposé, est mieux à même de défendre ses intérêts, et le prix est fixé librement d'après les circonstances économiques contemporaines du contrat. Mais, lorsque l'intermédiaire tient, dans l'opération, le double rôle d'acheteur et de vendeur, lorsque sa volonté, seule, agit pour créer le rapport juridique qui va relier deux patrimoines, on peut craindre que la loi de l'offre et de la demande ne soit plus le seul élément susceptible de déterminer le prix, et que la fixation de ce prix ne soit troublée par la prédominance de l'intérêt personnel de l'intermédiaire. Comment donc garantir au commettant

(1) Code de commerce, § 401, al. 2.

que son ordre, de quelque manière qu'il soit réalisé, sera toujours fidèlement exécuté et dans le sens le plus avantageux pour lui ? La loi allemande répond par une prescription très simple : le commissionnaire devra porter en compte, en cas de *Selbsteintritt*, le prix de Bourse existant au moment où il aurait conclu l'affaire avec un tiers, s'il avait choisi ce mode d'opérer, et s'il l'avait fait dans les meilleures conditions possibles, comme l'exige la loi. En d'autres termes, que le commissionnaire exécute en se portant contre-partie, ou en traitant avec un tiers, la même obligation pèse sur lui : celle de n'occasionner aucun préjudice à son donneur d'ordre. Lorsqu'il s'agit de juger sa conduite, et la manière dont il a exécuté le mandat qui lui a été confié, l'appréciation est des plus simples à formuler : le juge prendra comme terme de comparaison, d'après les cours de Bourse contemporains de l'ordre donné, le prix qui aurait été obtenu en traitant avec un tiers.

On ne saurait établir un contrôle plus précis et plus soucieux des intérêts du mandant. Toutefois, en vue de couper court à des débats qui n'auraient pas manqué de surgir dans la pratique, le paragraphe 400, alinéa 2, décide que le commissionnaire se soustrait à toute responsabilité, en portant en compte un prix fixé conformément au prix de Bourse ou de marché existant au moment de l'exécution de la commission. Ce texte établit donc une présomption : en principe, est considéré comme étant le plus favorable le prix qui existait au moment de l'envoi de l'avis d'exécution.

Toutefois, le commettant conserve la faculté de prouver que ce prix n'était pas le plus avantageux pour lui et qu'un mandataire diligent eût pu s'assurer des conditions moins onéreuses, en traitant avec un tiers à une époque différente. Bien entendu, dans cette hypothèse, il appartient au donneur d'ordre de démontrer que le prix existant lors de l'exécution n'était pas le plus favorable pour lui. Et, s'il parvient à faire cette preuve, il peut contraindre l'intermédiaire à ne lui compter que ce prix plus favorable (§ 401). Le *Selbsteintritt* ainsi envisagé correspond simplement à un mode d'exécution de la commission. Il va de soi, dès lors, qu'il ne compromet nullement le droit aux honoraires pour l'intermédiaire (§ 403), indépendamment de l'obligation pour le commettant, de rembourser tous les frais auxquels a pu donner lieu l'exécution de l'ordre.

Tels sont les effets du contrat avec soi-même, combinés avec ceux de la commission, dans la législation allemande.

Nous avons dû insister sur ces points, en raison de la réglementation, très minutieuse et très protectrice du patrimoine du commettant, qui existe en Allemagne. Tout danger de fraude est écarté ; toute tentative par le commissionnaire de réclamer à son mandant un prix différent de celui qu'aurait demandé un tiers est condamné à un insuccès fatal en présence des dispositions strictes de la loi. Les abus qu'on reprochait autrefois aux maisons de contre-partie ont presque complètement

disparu ; le contrat avec soi-même, qui facilitait jadis tant de pratiques illicites, échappe désormais aux agissements des intermédiaires malhonnêtes. L'exploitation à laquelle étaient en butte les petits capitalistes se trouve paralysée, et une sécurité plus durable est ainsi assurée aux transactions. Sans doute, la législation allemande n'est pas absolument parfaite, mais il serait chimérique de penser qu'on peut arriver, en matière de Bourse, à déjouer les fraudes et à mettre toujours le public en garde contre sa propre inexpérience (1). Il n'existe malheureusement en France aucune réglementation analogue, et nous avons à nous demander comment, en l'absence de textes, le problème du commissionnaire contre-partiste a été résolu chez nous.

(1) Sayous, p. 602 et suiv. ; Morel, p. 223 et suiv.

CHAPITRE V

DE LA CONTRE-PARTIE DU COMMISSIONNAIRE EN BOURSE EN FRANCE.

Ce n'est certes pas le désir d'imiter la législation allemande qui a poussé les commissionnaires français à se porter contre-partie de leurs clients. Si cette pratique existe et tend à se multiplier, si l'attention du monde financier a été attirée depuis quelque temps par l'importance de ce problème, si nos tribunaux et la Cour suprême ont été appelés à connaître de procès retentissants depuis une dizaine d'années, c'est que les intermédiaires reconnaissent au contrat avec soi-même une utilité manifeste, et que ce mode d'exécution rend plus facile l'accomplissement des ordres reçus. Il reste à savoir si la faculté pour l'intermédiaire de se porter contre-partie directe ne tombe pas sous le coup d'une prohibition spéciale, ou si elle ne peut pas être condamnée comme se trouvant en opposition avec l'esprit général de notre droit. Lorsqu'un client a donné l'ordre à un intermédiaire de contracter avec un tiers, si l'intermédiaire, au lieu de se conformer ponctuellement à la volonté de son client, s'applique à lui-même l'ordre reçu, comment ce procédé d'exécution va-t-il être

accueilli par le donneur d'ordre ? Celui-ci a-t-il le droit de désavouer l'opération comme incompatible avec le mandat qui avait été conféré à l'intermédiaire et dont l'exécution sincère aurait nécessité la présence d'un tiers ?

Cette pratique, disons-le immédiatement, a été appréciée avec sévérité par les tribunaux, en raison de la défiance traditionnelle que leur inspire les marchés différentiels. Et, sous le nom d'exception du défaut de contre-partie, ils ont essayé d'organiser une dernière résistance à la loi du 28 mars 1885, et de ressusciter sous cette forme nouvelle l'ancienne exception de jeu qu'une tradition séculaire avait consacrée dans notre pays.

C'est là un point de vue qu'il ne faut pas oublier, lorsqu'on recherche les mobiles auxquels obéit cette jurisprudence, que les arrêts les plus récents consacrent avec la même énergie.

Une remarque générale peut être formulée à cet égard : les arrêts se gardent d'énoncer des principes généraux à l'appui de leurs décisions ; ils statuent le plus souvent en fait, et, par suite, ils se laissent plus ou moins impressionner par la situation des commettants. Ils ne peuvent oublier que la Bourse n'est pas seulement le lieu où se répartissent géographiquement les cours, sous l'influence des offres et des demandes, et qu'elle est aussi le centre de toutes les spéculations, permettant aux fortunes rapides et scandaleuses de s'édifier rapide-

ment, tandis que des ruines soudaines viennent anéantir les patrimoines lentement amassés. C'est sous cet aspect sombre que les marchés différentiels apparaissent aux magistrats, lorsqu'ils examinent la légalité de leur exécution par voie de contre-partie directe. Sous l'influence de ces préoccupations, ils ne sont pas portés à favoriser l'emploi d'un procédé qui permet à l'intermédiaire de garder une attitude plus indépendante vis-à-vis du client, et qui empêche ce dernier, déjà insuffisamment expérimenté, d'exercer un contrôle efficace sur l'opération et de défendre ses intérêts avec le même succès.

A tort ou à raison, les magistrats se considèrent comme les gardiens des fortunes privées ; ils songent que l'avenir d'une famille peut être compromis par une spéculation inopportune et leur aversion profonde pour le marché différentiel les encourage à protéger par une exception nouvelle la fortune des joueurs malheureux, au cas où l'exécution n'a pas été de tout point conforme à l'intention présumée des donneurs d'ordre. Comme le remarque M. Morel (1), une présomption de fraude plane, d'après la jurisprudence, sur la spéculation à terme, et une présomption de déloyauté s'applique sur ceux qui la facilitent. Quand ils sont saisis de procès de ce genre, les tribunaux, presque à leur insu, jugent l'affaire avec un parti-pris véritable, et la cause des in-

(1) Thèse, p. 236.

termédiaires est condamnée d'avance. Pour que ceux-ci triomphent, il faut que le litige se présente sous un jour particulièrement défavorable au client, ou que, en connaissance de cause, celui-ci ait donné son adhésion à un mode d'exécution considéré *a priori* comme contraire à ses intérêts. Ce ne sont point là des affirmations téméraires si l'on réfléchit à l'opiniâtreté avec laquelle les tribunaux et les Cours d'appel ont combattu, pour maintenir l'exception de jeu, malgré le législateur lui-même ; et il a fallu des décisions réitérées de la Cour suprême pour abolir cette résistance, qui apparaît, au XIX^e siècle, comme un spectacle presque unique de rébellion à la loi (1).

La jurisprudence a d'ailleurs, été encouragée dans cette voie par l'appui que lui ont prêté les jurisconsultes les plus autorisés : MM. Lyon-Caen et Renault (2), Thaller (3), Ruben de Couder (4), Guillouard (5), Guilmard (6). On peut citer encore dans le même sens les savantes notes de M. Lacour, parues au *Dalloz* (7). L'opinion contraire ne compte que quelques partisans :

(1) Cass., 22 juin 1898, D. 99.1.5 ; 19 mars 1900, D. 01.1.437, S. 1900.1.520.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. III, n° 457.

(3) Thaller, nos 997 et 1126

(4) Ruben de Couder, *Dict. de droit comm.*, V^o *Commissionnaire*, n° 225.

(5) Guillouard, *Du mandat*, n° 106.

(6) Guilmard, *Du contrat direct ou de la contre-partie en Bourse*, Paris, 1905.

(7) D. 99.2.297 et 05.1.65.

MM. Boistel (1), Dreyfus (2), et la Question du commissionnaire contre-partiste (3); Wahl (4), Cohendy (5), Morel (6), Gouget (7). M. Arthuys, qui, à notre connaissance, est l'auteur le plus récent qui ait examiné la question (8), paraît approuver la jurisprudence et se prononcer en principe contre le contrat avec soi-même dans la commission. La jurisprudence laisse, bien entendu, de côté l'hypothèse où le client a autorisé le commettant à faire la contre-partie.

Mais, au cas où le commettant a gardé le silence sur ce point (et, à *fortiori*, si le commettant a interdit tacitement ou expressément cette pratique), la jurisprudence prononce presque invariablement la nullité de l'opération réalisée par voie de contre-partie directe. D'après elle, le commissionnaire, qui, chargé d'opérations en Bourse, réclame à son client le solde débiteur de son compte, doit justifier que le marché a réellement été conclu avec un tiers; il n'y a d'exception à ce principe que si l'intermédiaire a été, en vertu d'une convention spéciale, autorisé par le commettant, à procéder par contre-partie directe.

(1) Boistel, *Précis de dr. comm.*, n° 622.

(2) Dreyfus, *Ann. de dr. comm.*, 98, p. 201 et s.

(3) Paris, 1904.

(4) Wahl, S. 98.1.497; 98.2.121; 03.1.209; 03.2.145.

(5) Cohendy, *L'Information* du 26 mai 1905.

(6) Morel, Thèse précitée.

(7) Gouget, Thèse précitée, p. 212 et s.

(8) *Revue critique*, 1906, p. 206 et suiv.

Voici les principales décisions par lesquelles cette jurisprudence s'est affirmée : pour les commissionnaires en marchandises : Rouen, 22 avril 1872, D. 72.5.99 ; 25 mars 1872, S. 74.2.245 ; Trib. comm. Havre, 12 janvier 1892, *Recueil du Havre*, 92.1.15 ; Paris, 29 janvier 1897, *Gaz. Trib.*, 31 mars ; Trib. comm. Seine, 22 mai 1897, *Gaz. Pal.*, 97.2.149 ; 4 juin 1897, *Gaz. Pal.*, 97.2.151 ; 6 janvier et 12 mars 1898, *Le Droit*, 28 février et 20 avril ; Paris, 28 mars 1901 ; *Pand.*, 03.2.9 ; Req. 28 octobre 1903, D. 04.1.88 ; Rouen, 25 juin 1904, D. 06.2.191 ; Rouen, 26 janvier 1904, S. 05.2.110. — Cf. pour les commissionnaires en valeurs : Paris, 21 décembre 1895, *Gaz. Pal.*, 96.1.277 ; Trib. comm. Seine, 24 décembre 1896, 7 mai, 30 juin, 3 novembre 1897, D. 99.2.299 ; Poitiers, 15 février 1897, D. 99.2.311 ; Grenoble, 1^{er} juin 1897, D. 98.2.265 ; Paris, 2 mai 1900, D. 03.1.99 ; Trib. comm. Seine, 12 mai 1900, *Gaz. Trib.*, 18 juin ; Paris, 16 juin 1900, D. 02.1.316 ; Trib. civ. Seine, 12 janvier 1901, *Gaz. Trib.*, 24 avril ; Paris, 19 janvier 1901, *Gaz. Pal.*, 01.1.746 ; Trib. comm. Havre, 19 mars 1901, *Recueil du Havre*, 01.1.375 ; Paris, 22 mars 1901, *Gaz. Trib.*, 14 septembre ; Rennes, 5 mai 1902, *Gaz. Pal.*, 02.2.42 ; Cass. Civ., 6 mai 1902, D. 02.1.99 ; Req., 22 mai 1905, D. 06.1.33.

SECTION I. — Des intermédiaires visés par la prohibition.

Lorsqu'on examine quelle est la portée du principe d'après lequel les intermédiaires ne peuvent se porter contre-parties de leurs clients, il importe avant tout de préciser quels sont ceux vis-à-vis de qui la question a pu être soulevée, et de mettre à part les commissionnaires qui ont été exclus de cette faculté par un texte spécial. Or, il est incontestable que le législateur a interdit le contrat avec soi-même à deux catégories d'intermédiaires : 1° les agents de change ; 2° les mandataires aux Halles.

I. *Les agents de change.* — Les agents de change sont des fonctionnaires publics institués par le gouvernement, qui achètent leur change en payant une indemnité à leur prédécesseur. Ils répondent envers leurs clients de l'exécution des marchés qui leur ont été confiés ; il en est ainsi depuis l'arrêté de prairial an X, article 10, qui est visiblement reproduit dans l'article 85 du Code de commerce. L'agent de change est plus qu'un mandataire ; c'est un commissionnaire ducroire. Alors même que la contre-partie avec qui il aurait traité pour son propre client refuserait d'exécuter son engagement à l'échéance, la responsabilité de l'agent de change serait mise en cause. D'autre part, il lui est défendu de faire le commerce pour son compte ; cette prohibition a pour but de conserver à l'intermédiaire officiel une impartialité absolue et une probité à l'abri de tout soup-

con, garanties jugées nécessaires pour le public. On veut qu'ils puissent certifier que les cours annoncés par eux sont les cours véritables traités à la Bourse. Il importe que ces intermédiaires ne puissent être soupçonnés de plier les cours à leur volonté et d'en imaginer de fictifs. Ce sont eux qui exercent la police de la Bourse ; de là, cette réglementation très stricte qui a pour but de les obliger à respecter fidèlement les intérêts de leurs clients et à ne pas intervenir personnellement dans le marché. On sait, en outre, que l'agent de change est tenu au secret professionnel et qu'il lui est défendu de révéler le nom de l'une quelconque des parties qui lui transmettent leurs ordres. De l'article 85, il résulte clairement que la contre-partie est interdite aux agents de change toutes les fois qu'elle constitue une spéculation, et notamment dans les marchés à terme. En effet, étant une spéculation, la contre-partie pratiquée par l'agent de change tombe sous le coup de la prohibition générale concernant les actes de commerce, édictée par l'article 85 (2).

Si l'agent de change enfreint cette défense, quelle est la sanction encourue ? Pour certains, c'est la nullité (1). Pour d'autres, il n'y a pas d'autre sanction applicable que celle résultant de l'article 87 : l'agent de change s'expose, en agissant ainsi, à la peine de la destitution

(1) Cf. Lacour, D. 05.1.66, col. 1.

(2) Lyon, 1^{er} août 1894 et 6 mars 1896, D. 95.2.149 et 99.2.9 ; Trib. com. Seine, 11 janvier 1903, S. 03.2.145.

et à une condamnation à une amende de 3.000 francs, sans préjudice des dommages et intérêts dus à la partie lésée. Mais l'opération incriminée n'est pas nulle ; il est impossible d'invoquer une nullité que la loi ne consacre nulle part ; il n'y a pas de nullité virtuelle dans notre droit ; or la sanction contenue dans le texte n'est pas accompagnée d'une nullité.

D'ailleurs, l'article 6 du Code civil serait invoqué à tort à l'appui de l'opinion préconisant la nullité, car il n'est pas sûr que la prohibition de l'article 85 soit fondée sur l'ordre public : » il eût appartenu au législateur de déclarer que ces abus lui paraissaient menacer les intérêts généraux et le bon ordre de la société, l'ordre public, en un mot » (1).

On s'est demandé, au sujet de l'article 85, si l'agent de change a la faculté, en vue de se soustraire aux pénalités édictées par l'article 87, de constituer la société, formée pour l'exploitation de sa charge, contre-partie de l'ordre qu'il a reçu mandat d'exécuter. D'après la loi du 2 juillet 1862, des sociétés de ce genre sont autorisées en raison des capitaux considérables que nécessite l'achat d'une charge d'agent de change. La réponse serait facile si l'on admettait que la société dont il s'agit forme une personne morale possédant, pendant sa durée, un patrimoine différent de celui de l'agent de chan-

(1) Boistel, note D. 99.2.9. — Cf. Buchère, *Traité des opérations de Bourse*, n° 82 ; Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 930 bis ; Thaller, n° 145 ; Wahl, S. 03.2.145 ; Cass., 9 mars 1885, S. 85.1.244.

ge, qui est son gérant obligatoire. S'il en était ainsi, le patrimoine de la société étant distinct de celui de son gérant, la validité de l'opération passée par ce dernier avec le *compte maison* pourrait être acceptée ; mais, malgré la majorité de la doctrine (1), la jurisprudence la plus récente tend à considérer la société montée pour l'exploitation de la charge comme dénuée de la personnalité morale (2). Cette opinion jurisprudentielle concorderait, d'ailleurs, avec les paroles du rapporteur de la loi de 1862, qui a déclaré que cette société était *sui generis* et d'une nature toute spéciale. Dans ces conditions, toute combinaison financière qui aurait pour résultat de porter la société contre-partie de l'agent de change serait impuissante à éluder l'article 85. Comme l'agent titulaire est le seul personnage que le public connaisse et en qui il place sa confiance, il n'est pas possible d'altérer sa situation officielle, soit vis-à-vis du public, soit vis-à-vis de l'autorité disciplinaire, soit vis-à-vis de l'administration publique (3).

Seulement, en ce qui concerne les agents de change, comment peut-on concilier l'interdiction de se porter contre-partie avec l'obligation au secret professionnel dont ils sont tenus ? Il appartient évidemment au client de démontrer la réalité des faits qu'il allègue et de jus-

(1) Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 878.

(2) Paris, 22 janvier 1875, D. 75.2.123 ; Trib. com., 11 janvier 1902, S. 03.2.145.

(3) Sirey, *Lois annotées*, 1862, p. 49.

tifier que l'intermédiaire a enfreint l'interdiction contenue dans l'article 85. L'agent de change ne peut-il pas alors prétendre que toute justification de la réalité de la contre-partie l'expose à dévoiler le secret de l'opération et, par là même, l'une des règles les plus importantes de sa profession ? Mais la Cour suprême n'a pas été arrêtée par cette difficulté ; pour elle, la règle du secret n'est pas opposable au client de l'agent de change, agissant en reddition de compte. Elle se fonde sur l'article 11 de l'arrêté de prairial an X, ainsi que sur les articles 84 et 109 du Code de commerce, 13 de la loi du 15 juin 1872 et 42 du décret du 7 octobre 1890. Ces textes « imposent aux agents de change toute une série d'obligations prescrites spécialement en vue du compte détaillé de leurs opérations demandé par leurs clients eux-mêmes, auxquels ils sont tenus de fournir, s'il y a lieu, et sous les conditions déterminées par le juge, duplicata de ces opérations (1).

Etant admis que l'agent de change ne viole pas l'obligation au secret en établissant au regard de son client la réalité de la tierce personne avec qui il a conclu l'opération, il reste à se demander quelle est la nature des justifications que cet officier public doit fournir. Faut-il d'abord attacher le caractère d'un acte authentique au bordereau que l'agent délivre en vue de constater la négociation ? Certains auteurs pensent que ce docu-

(1) Cass., 3 juillet 1895, S. 96.1.445, D. 96.1.164 ; Trib. com. Seine, 17 octobre 1900, *Le Droit*, 9 novembre.

ment possède la force probante d'un acte authentique au sens de l'article 1317 du Code civil ; mais l'opinion la plus répandue assimile le bordereau à un acte sous seing privé ; on s'appuie sur les travaux préparatoires et sur l'article 11 de l'arrêté de prairial an X, qui autorise les juges à ordonner la production des livres de l'agent ; c'est donc que le bordereau ne constitue pas à lui seul une preuve complète, et il ne sera pas nécessaire de recourir à la procédure de l'inscription de faux pour en contester la sincérité. Telle paraît être la solution de la jurisprudence (1).

Toutefois, la jurisprudence la plus récente paraît hésiter, quant à la nature de la preuve résultant du bordereau : le 4 décembre 1902, la Cour de Paris déclare que « si le bordereau ne constitue ni un titre ayant force exécutoire, ni même un titre authentique faisant preuve jusqu'à inscription de faux, il constitue néanmoins une présomption grave pouvant suffire, en matière commerciale, pour motiver une condamnation, lorsqu'elle n'est combattue par aucune présomption contraire » (2). La jurisprudence rangerait ainsi le bordereau dans une catégorie particulière, entre l'acte public et l'acte sous seing privé, et, si cette conception est exacte, il faudrait conclure à la consécration d'un nouveau genre de preuve

(1) Paris, 4 décembre 1902, *Gaz. Pal.*, 02.2.692 ; Trib. com. Seine, 12 février 1903, *Gaz. Pal.*, 03.1.477 ; 20 mars 1904, *Gaz. Pal.*, 01.1.602.

(2) *Gaz. Pal.*, 02.2.692. — Cf. Trib. comm. Seine, 12 février 1903, *Gaz. Pal.*, 03.1.477 ; et 2 novembre 1903, *Le Droit*, 12 janvier 1904).

dans notre droit. Mais il semble que ces décisions ont été plutôt inspirées par le désir fort légitime d'éviter aux agents de change, dont la fonction officielle est de nature à inspirer toutes les garanties au public, des procès abusifs, que leurs clients intenteraient uniquement dans un but de chicane. C'est certainement pour ce motif que le tribunal de commerce de la Seine (1), et la Cour de Bordeaux ont décidé qu'une justification suffisante de l'existence d'une contre-partie résultait de l'envoi des comptes de liquidation acceptés sans contestation par le client. Mais faut-il aller plus loin, et autoriser la production en justice des registres et carnets de l'agent de change, lesquels assurément ne sont pas munis de la force authentique (2). La réponse ne saurait être douteuse ; l'article 19 de l'arrêté de prairial an X, établit l'obligation au secret ; mais l'article 11 du même arrêté prévoit formellement la possibilité de représenter les livres ; il n'y a là aucune contradiction. On sait en effet que la loi prévoit deux modes de production des livres de commerce : la communication et la représentation. La communication, assurément, serait incompatible avec le secret professionnel, attendu qu'elle consiste dans le fait de se dessaisir du document dont il s'agit entre les mains de l'adversaire. Mais nous sommes ici en présence d'une preuve toute différente :

(1) 2 novembre, précité, et C. Bordeaux, 6 juillet 1903, *Mém. Bordeaux*, 03.1.279.

(2) Buchère, *Opérations de Bourse*, n° 73.

L'agent ne peut être astreint qu'à la représentation, et, par là, le client est mis dans la possibilité d'accomplir la recherche qui l'intéresse. L'agent ne se dessaisira de ses registres qu'entre les mains d'un juge ou d'un expert désigné par le tribunal de commerce, qui ne pourra consulter le carnet que sur un point et sur un folio déterminé (1) ; ainsi se trouvera respectée, dans la mesure du possible, l'obligation au secret. D'ailleurs la jurisprudence, désirant assurer de la manière la plus stricte l'inviolabilité du secret, paraît se prononcer de plus en plus en ce sens que les juges de commerce sont seuls compétents, à l'exclusion des experts nommés par le tribunal, pour examiner les registres de l'agent de change (2). Il ne semble pas, d'ailleurs, que l'article 11 de l'arrêté de prairial ait été modifié par l'article 40 du décret de 1890 (3).

II. *Les mandataires aux Halles.* — Ce sont des intermédiaires qui sont chargés d'écouler les marchandises que leur envoient les producteurs : ils ont leur comptoir établi sur les emplacements spéciaux qui leur sont assignés aux Halles centrales. De tout temps, il leur a été interdit de s'attribuer les denrées qu'ils ont reçu mission de vendre. Et cette prohibition se trouve de nouveau formulée par l'article 3 de la loi du 11 juin

(1) Cf. Thaller, nos 241 et 242.

(2) Paris, 4 décembre 1902, *Gaz. Pal.*, 02.2.692 ; Trib. com. Seine, 12 février 1903, *Gaz. Pal.*, 03.1.477.

(3) Sic : Hayaux du Tilly, *Du marché financier et de sa réglementation*. Thèse Paris, 1901, p. 131.

1896, d'après lequel il leur est défendu d'acquérir pour leur compte les denrées qu'ils sont chargés de vendre ou les denrées similaires, et, d'une manière générale, d'en faire le commerce par eux-mêmes ou par personnes interposées. On a voulu éviter par là qu'ils ne se livrent à des ventes fictives et à la spéculation ; il paraît logique d'en conclure qu'ils ne sont pas commerçants (1), cependant l'Enregistrement a parfois fait triompher l'opinion contraire : l'administration prétend les obliger à déclarer dans les trois mois la mutation de leurs charges, comme s'il s'agissait d'un fonds de commerce ordinaire. Mais, quelle que soit la vérité sur ce point, il n'en est pas moins acquis que le contrat avec soi-même leur est défendu sous des peines sévères, mentionnées à l'article 5 de la loi du 11 juin 1896.

III. — Les agents de change et les mandataires aux Halles étant exclus, par suite de l'existence de textes formels, du domaine de la controverse, celle-ci ne peut plus concerner que les coulissiers à la Bourse des valeurs et les commissionnaires en marchandises à la Bourse des produits. Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre des catégories, ces intermédiaires sont les mandataires de leur client ou de leurs deux clients, lorsqu'ils passent un marché d'application et qu'il y a possibilité de joindre l'un à l'autre les deux ordres reçus. Leur rôle essentiel est de rapprocher les personnes qui ont l'intention

(1) Trib. com. Seine, 6 novembre 1903, *Gaz. Pal.*, 04.1.110.

de conclure un marché en Bourse. On sait que, s'il s'agit de coulissiers, ceux-ci doivent respecter le privilège des agents de change relatif à la négociation des valeurs cotées (1), tout au moins dans les marchés d'application. Tout empiétement de la coulisse sur les agents de change donnerait lieu à des peines sévères (2), indépendamment de la nullité de l'opération. Ces intermédiaires peuvent-ils, quand ils reçoivent un ordre en vue de faire une opération, s'abstenir de s'adresser à un tiers pour réaliser le marché, et se constituer directement contre-partie ? Telle est exclusivement la question sur laquelle règne la controverse.

SECTION II. — Historique.

Ce n'est pas d'aujourd'hui qu'on discute sur la faculté pour le commissionnaire de se porter contre-partie directe. Les anciens auteurs connaissaient déjà cette question ; ils avaient prévu l'hypothèse où un commissionnaire, possédant des marchandises du genre de celles qu'on le charge d'acheter, s'applique l'ordre qu'il vient de recevoir et passe avec son propre patrimoine le marché pour la réalisation duquel on avait eu recours à son entremise. En pareil cas, les raisons d'utilité commerciale l'avaient emporté, et il semblait très naturel d'autoriser, comme licite, un mode de réalisation qui aboutit finalement à la simplification du contrat et qui permet

(1) Art. 76, C. com.

(2) L. 28 ventôse an IX, art. 8 ; L. 13 avril 1892, art. 44 et 45.

de donner plus rapidement satisfaction au commettant. Telle est l'opinion de Savary : « Quand il arrive des temps où il y a cessation de commerce, que les négociants ne mandent point de marchandises, les commissionnaires riches et accrédités achètent ordinairement des marchandises des ouvriers à bon marché, et les gardent en magasin jusqu'à ce que leurs commettants leur en demandent ; et ces marchandises augmentent quelquefois notablement de prix. Quand cela arrive, il ne serait pas raisonnable que les commissionnaires les donnassent aux mêmes prix qu'ils les ont achetées » (1). L'existence de la même pratique est affirmée pour l'Italie par Casaregis, et il en admet la validité (2). Mais l'on doit se garder d'attacher une importance excessive à l'opinion de ces anciens auteurs ; les hypothèses à l'occasion desquelles ils se prononçaient n'étaient pas de tout point semblables à celles que connaît la pratique contemporaine. Il s'agissait jadis d'intermédiaires qui possédaient déjà les produits relativement auxquels des demandes se manifestaient plus tard. Or, aujourd'hui, ce n'est plus de son patrimoine que le commissionnaire tire les titres, les marchandises ou le prix qu'il remet à son donneur d'ordre. Aujourd'hui les commissionnaires portent réellement sur le marché tous les ordres qui leur sont transmis et ils traitent effectivement avec des

(1) *Le parfait négociant*, 1767, vol. II, p. 240.

(2) *Discursus legales de commercio*, *Discursus* 76, n° 18 et *Disc.* 120, n° 34 et 35.

tiers ; seulement, en raison du nombre généralement considérable des ordres qu'ils reçoivent chaque jour, les commissionnaires ont l'habitude de réaliser en bloc tous les achats de titres de même nature dont leurs clients les ont chargés, sans s'astreindre à accomplir une série d'opérations séparées correspondant aux ordres transmis. Puis le commissionnaire répartit les achats ainsi réalisés proportionnellement aux demandes qui lui ont été adressées. Seulement, il prend la plupart du temps la situation de contre-partie comme s'il n'avait traité avec aucun vendeur, et il fait abstraction des marchés conclus avec les vendeurs, de manière à s'affranchir de l'obligation de rendre compte à chaque commettant des conditions dans lesquelles l'opération est intervenue (1). On aperçoit immédiatement la différence qui sépare la conception de la contre-partie dans l'ancien droit et celle qui est née des usages nouveaux. Il n'y a donc aucun argument à tirer de la tradition en faveur de la validité des opérations de contre-partie.

SECTION III. — **Le principe de la nullité des opérations de contre-partie, d'après la jurisprudence.**

Toutes les fois que le commettant ne semble pas avoir connu ni autorisé les agissements du commissionnaire contre-partiste, les tribunaux déclarent que l'opération n'est pas valable. La contre-partie se présente aux yeux

(1) Cf. Lacour, D. 05.1, p. 67, col. 1.

des magistrats sous un aspect défavorable ; ils craignent que la contre-partie ne serve trop souvent de prétexte à d'inavouables entreprises ; c'est ainsi que M. le conseiller Roullier déclare que le fait, de la part des commissionnaires contre-partistes, de persuader aux clients « qu'ils agissent à leur égard comme des personnes interposées, comme des mandataires pour les achats et ventes de titres, alors que, dans la réalité, ils se constituent eux-mêmes secrètement les vendeurs et les acheteurs de ces mêmes titres », est des plus répréhensible d'autant plus que, bien souvent, le contre-partiste a conseillé l'opération dont il s'est fait lui-même la contre-partie (1).

C'est à Sraffa que revient la responsabilité d'avoir le premier incriminé le rôle du commissionnaire contre-partiste : « La contre-partie a pour effet de priver le mandant d'un de ses principaux avantages qu'il se propose d'obtenir en recourant à un commissionnaire, surtout lorsqu'il s'agit d'une opération de valeur ; le commissionnaire *in bonis* a la pratique des affaires ; il n'ignore ni les caprices ni les goûts des financiers ; les personnes, les faits politiques, les faits divers, rien ne lui est étranger ; aussi peut-il offrir aux clients d'utiles conseils pour la vente ou l'achat en temps opportun ; si on lui concède la faculté d'entrer dans le contrat, n'est-ce point enlever son caractère fiduciaire au con-

(1) *Le Droit* du 1^{er} avril 1890.

trat commercial, spécialement à la commission de Bourse » (1). A ces considérations de sentiment, les tribunaux ajoutent qu'un obstacle formel à la validité du contrat avec soi-même résulte de l'article 1596 du Code civil. Ce texte interdit aux mandataires d'acheter ou de vendre pour eux-mêmes les biens qu'ils sont chargés d'acheter ou de vendre pour le compte d'autrui. Or, du moment que le contrat qui lie le donneur d'ordre à son commissionnaire n'est autre qu'un mandat, il est raisonnable d'étendre au commissionnaire la prohibition de ce texte. Ce principe est toujours reproduit comme un axiome ; il serait étrange que le mandataire, dont le devoir est de veiller avec sollicitude aux intérêts de son mandant devienne l'adversaire de ce dernier, et que, sous le prétexte d'interpréter comme bon lui semble l'ordre qu'il a reçu, réalise un bénéfice au détriment de son mandant. Même au cas où le commettant aurait cherché à se prémunir contre cette éventualité, en fixant un cours déterminé auquel l'achat ou la vente devraient être réalisés, la fixation de ce cours ne représente qu'un maximum pour l'achat et qu'un minimum pour la vente, et un dommage peut toujours apparaître pour le client, même si le cours dont il s'agit est celui porté au compte, car rien ne garantit que le commissionnaire n'ait pas, en fait, acheté à un cours moins élevé ou vendu à un cours supérieur.

(1) « Il contratto del commissionario con se medesimo », *Archivio Giuridico*, 61, p. 25.

Là est le motif dominant invoqué par la jurisprudence : les intermédiaires ne doivent pas se créer des intérêts qui entrent en opposition avec ceux de leur client ; or, le contre-partiste est, en réalité, l'ennemi né de son client. Les dispositions de l'article 1596, déclare la Cour suprême, doivent s'appliquer au commissionnaire chargé de vendre ou d'acquérir des marchandises pour le compte de son commettant. Donc, le commissionnaire n'a pu se porter contre-partie, quand il ne s'est jamais révélé à son mandant comme son acheteur direct, mais uniquement comme son mandataire (1). Tout intermédiaire qui se porte contre-partie occulte de son donneur d'ordre emploie un procédé d'exécution qui est contraire à la loi.

Quelles vont être les conséquences de la nullité dont il s'agit ? Pour nous fixer à cet égard, il convient de se rappeler que les nullités sont, dans notre droit, de deux catégories : les nullités absolues et les nullités relatives ; elles diffèrent à trois points de vue. Les nullités absolues peuvent être invoquées par tout intéressé et ne sont susceptibles ni d'être confirmées ni de se prescrire. Au contraire, la nullité relative n'est invocable que par certaines personnes limitativement déterminées par la loi (ici évidemment le commettant seul pourrait agir en nullité, Morel, p. 355) ; et elle peut être confirmée soit expressément, soit tacitement, si elle n'est pas réclamée

(1) Req., 28 octobre 1903, S. 04.1.436.

pendant le délai décennal fixé par l'article 1304. C'est vers la nullité relative que semble incliner la jurisprudence : la Cour suprême a admis, en effet, implicitement, dans l'arrêt du 27 janvier 1903 (1), la possibilité d'une ratification. Dans le même sens, le tribunal de commerce de la Seine, le 3 décembre 1900, a décidé que la nullité résultant de ce que l'intermédiaire s'est porté contre-partie ne pouvait être invoquée par ce dernier (2).

Cette nullité entraînera des conséquences, soit au point de vue civil, soit au point de vue pénal.

Il est évident, d'abord, que, si la nullité est prononcée avant toute exécution, les parties sont réciproquement déliées de leur engagement. Si l'exécution a déjà eu lieu, la restitution des prestations déjà opérées de part et d'autre doit être ordonnée (3). Le commissionnaire devra même restituer, outre les sommes encaissées par lui à titre de commission ou de prix d'achat, les intérêts du jour de versement (4). A ce point de vue, en effet, le commissionnaire occulte est toujours considéré comme ayant agi par mauvaise foi.

Il faut même aller plus loin ; d'après la jurisprudence, les opérations de contre-partie occulte devraient, le cas échéant, être assimilées à l'escroquerie (5), pourvu toutefois, que les agissements de l'intermédiaire pré-

(1) D. 03.1.247.

(2) *Le Droit*, 18 février 1901.

(3) Req., 28 octobre 1903, S. 04.1.136.

(4) Trib. com. Seine, 6 janvier 1898, *Le Droit*, 28 février.

(5) Cass., 29 février 1896, D. 96.1.535.

sentent les caractères constitutifs de ce délit, savoir, l'emploi de moyens frauduleux, et la remise des valeurs obtenues par ce moyen, jointe à l'intention du délinquant de se les approprier ; des condamnations de cette nature n'interviendront, bien entendu, que contre les intermédiaires qui ne réalisent aucune opération sérieuse et qui se bornent à passer sur leurs carnets des écritures déguisant des contrats fictifs ; en y ajoutant des manœuvres extérieures ayant pour but de tromper le client sur ce qui s'est passé et de lui persuader que l'opération dont il a donné l'ordre a été effectuée. Citons comme exemple l'envoi au client d'un avis d'opérer avec mention d'un courtage et d'un impôt payé, alors que l'intermédiaire n'a conclu aucun marché (1).

Ce sera rarement par voie de demande principale que la nullité de l'opération pour défaut de contre-partie sera invoquée : deux situations sont en effet possibles. Ou bien le client est en perte, ou bien, au contraire, il a réalisé un bénéfice. Dans cette deuxième hypothèse, il ne formulera évidemment aucune critique contre les agissements de son intermédiaire ; et, s'il est en perte, il attendra que le commissionnaire lui réclame le payement, pour opposer une fin de non-recevoir. Ainsi apparaît le rôle de l'exception de contre-partie, arme nouvelle dirigée contre les intermédiaires, plus usuelle et plus efficace que les exceptions de jeu ou de coulisse et qui permet, la plupart

(1) Cf. Cass., 29 février 1896, D. 96.1.535.

du temps, d'obtenir gain de cause, alors que le succès d'une instance fondée sur l'exception de jeu ou de coulisse serait des plus douteux. L'exception de contre-partie est l'*ultimum subsidium*, la dernière place forte derrière laquelle s'abritent les spéculateurs désireux de ne pas payer leurs différences. Sa supériorité sur les deux autres moyens (jeu et coulisse) est manifeste : la Cour de cassation n'a pas eu de peine à établir, en 1898, que l'exception de jeu était irrecevable, depuis la loi du 28 mars 1885, contre les marchés à terme. D'autre part, les opérations sur valeurs cotées et les négociations sur marchandises demeurent à l'abri des atteintes de l'exception de coulisse, qui ne fonctionne pas là où le ministère d'un agent de change n'était pas obligatoire pour la validité du marché. On sait, d'autre part, que l'acceptation d'un règlement définitif, en connaissance de cause, paralyse l'exception de coulisse, et enfin qu'elle est hors de cause en présence d'un marché direct. L'exception de contre-partie offre un champ d'application bien plus large : d'abord, elle peut être invoquée, même en l'absence de toute intention de jeu ; puis, qu'il s'agisse d'opérations sur marchandises, de négociations sur valeurs cotées ou non, cette exception conserve son empire et elle permet d'attaquer la validité du marché. Les opérations directes sur valeurs elles-mêmes sont visées par cette exception ; car les spéculateurs ont toujours la ressource de différer le paiement jusqu'à ce que l'intermédiaire ait fourni des justifications et dé-

montré que le marché a été réellement conclu avec une tierce personne. C'est d'ailleurs sous cette épithète nouvelle *d'exception de justifications* que la jurisprudence désigne l'ensemble des moyens mis à la disposition des spéculateurs, pour les libérer de leurs différences.

A la différence de l'exception de coulisse, où le commissionnaire est tenu d'établir qu'il a régulièrement agi (1), en vertu de l'obligation générale de rendre compte, qui pèse sur lui, l'exception de contre-partie est régie par des principes différents quant à la preuve, et le commettant, invoquant un fait particulier, l'absence d'un tiers contractant, doit établir la preuve de ses allégations (2). Ainsi est ressuscité, sous une forme élargie, l'ancien moyen que la jurisprudence des XVIII^e et XIX^e siècles avaient consacré sans interruption, pendant près de deux cents ans. Le législateur de 1885 voit aujourd'hui sur beaucoup de points, l'inefficacité de son œuvre ; les arrêts n'osent plus invoquer le moyen tiré du jeu ; mais une protection bien autrement énergique est assurée aux spéculateurs. Et, dans bien des cas, cette arme, redoutable pour les intermédiaires, qui s'appelle l'exception de justifications, permettra au client de manquer à sa parole et de refuser une prestation que l'honnêteté lui imposerait. On comprend facilement l'évolution qui s'est produite sur ce point. Le commettant cherche à esquiver l'obligation de démontrer l'ab-

(1) Thaller, n° 988.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 913.

sence de contre-partie, que le droit commun met à sa charge. Or, on sait que, dans l'exception de coulisse, la charge de la preuve est renversée, et supportée par l'intermédiaire. Donc, en modifiant la dénomination du moyen dont il se sert, et en exigeant des justifications, le client se débarrasse de cette preuve vague, incertaine et imprécise qui consiste à démontrer que le contrat a manqué d'un des deux sujets nécessaires à sa validité. Le client reste sur une attitude passive ; tout le poids de la lutte retombe sur l'intermédiaire et les chances de succès sur lesquelles celui-ci pouvait compter se trouvent ainsi notablement réduites (1).

De quels moyens le commissionnaire dispose-t-il donc, pour résister à la demande de justification qui lui est ainsi adressée ? Le commissionnaire peut assurément déclarer qu'il a régulièrement conclu le contrat avec un tiers, et qu'il n'a pas à fournir d'autres preuves, et trois arguments différents peuvent être invoqués par lui dans ce but. 1° Il est possible que le commettant ait renoncé par avance à réclamer des justifications ; il y a là une convention qui n'est ni illicite ni immorale (2). 2° Les commissionnaires se sont souvent retranchés devant la nécessité d'observer le secret professionnel, et ils ont insisté à cet égard avec une énergie d'autant plus vive, qu'ayant la qualité de *ducroire*, ils répondent de l'exécution du marché. Ils déclarent que le secret des affai-

(1) Cf. Morel, p. 373.

(2) Pont, *Petits contrats*, t. 1, n° 1003.

res s'oppose à ce qu'ils dévoilent le nom du tiers contractant. Mais les commissionnaires ne se placent pas ainsi sur un terrain solide ; l'arrêté du 27 prairial an X, qui établit le secret professionnel ne l'impose qu'aux agents de change sans l'étendre aux commissionnaires. D'ailleurs la qualité de ducroire n'empêche pas que le commettant soit fondé à contrôler les conditions auxquelles le marché a eu lieu, et il sera facile d'empêcher toute indiscretion, en désignant un expert à qui seront représentés les livres (1). 3° Quelquefois les commissionnaires se sont bornés à invoquer leur qualité de ducroire pour se dispenser de fournir des justifications ; mais, là encore, ils n'ont pas obtenu gain de cause, et la jurisprudence a toujours affirmé que la convention de ducroire ne peut effacer la qualité de mandataire, qu'elle fortifie plutôt. Le commissionnaire, même ducroire, demeure donc tenu de rendre compte (2).

Enfin, les commissionnaires peuvent encore alléguer, pour se défendre, que les justifications exigées ont été fournies.

En d'autres termes, toutes les fois qu'un compte d'opérations passées en coulisse a été réglé, le client est désormais irrecevable à agir en justice pour demander des justifications relatives aux opérations portées au compte dont il s'agit. Sans doute, jusqu'au règlement

(1) Thaller, n° 1129.

(2) Trib. comm. Seine, 22 mai 1897, *Gaz. Pal.*, 97.2.149 ; 12 mars 1898, *Le Droit*, 29 avril.

définitif, des justifications peuvent être demandées ; mais ensuite le mandant est privé de ce droit (1). Dans le même sens, la jurisprudence invoque quelquefois l'article 541 du Code de procédure civile, aux termes duquel toute demande de justification formulée par le commettant après le règlement définitif équivaut à une action en révision de comptes, laquelle, aux termes du texte précité, ne peut être accueillie que dans les hypothèses d'une erreur, d'une omission, d'un faux ou d'un double emploi (2). Cette explication jurisprudentielle n'est peut-être pas très exacte, et il ne semble pas que l'article 541 puisse être invoqué. En effet, ce texte permet, dans les cas précités, de revenir sur un compte arrêté, alors même que ce compte n'aurait pas été accompagné d'un versement d'espèces (3). Au contraire, en matière de Bourse, le règlement définitif ne constitue un obstacle à toute demande ultérieure en justification que s'il a été suivi d'un paiement volontaire, livraison de titres, versement de différence, etc. (4). Il faut reconnaître toutefois que la jurisprudence se montre plus facile, quant aux actes qui constituent l'acceptation d'un compte ; c'est ainsi que, pour la Cour su-

(1) Cass., 8 février 1897, *Gaz. Pal.*, 97.1.510 ; 15 mars 1899, D. 99.1.213 ; 27 janvier 1903, D. 03.1.247 ; Paris, 14 mars 1903, *Le Droit*, 10 juin.

(2) Paris, 24 juillet 1901 et 1^{er} février 1902, *Droit financier*, 1903, p. 225 et 359 ; Rouen, 28 décembre 1901 ; *Recueil du Havre*, 02.2.34.

(3) Dalloz, *Suppl.*, Vo *Compte*, n° 69.

(4) Cass., 7 novembre 1898, D. 03.1.233 ; Grenoble, 1 juin 1897, D. 98.2.265.

prême, la réception des comptes de liquidation sans protestation par les clients réunit toutes les conditions d'un règlement définitif (1).

Au cas où le commissionnaire sera dans la nécessité de fournir les justifications que son client lui demande, quelles vont être les preuves admissibles ? Remarquons d'abord que les moyens de preuve pourront différer suivant que la contestation aura un caractère civil, ou qu'elle présentera, au contraire, un caractère commercial. Mais, si le fait de donner un ordre à la Bourse n'est pas par lui-même un acte de commerce, il le devient, d'après la jurisprudence, lorsque le donneur d'ordre se propose la réalisation d'un bénéfice résultant de la différence entre le prix d'achat des valeurs et le prix de leur revente (2). La conséquence de cet aperçu, c'est que tous les modes de preuve du droit commercial seront autorisés ici. Parmi ces moyens de preuve, le plus normal sera la représentation des registres du commissionnaire devant un arbitre rapporteur (3). Mais il est loisible aux tribunaux de se contenter de preuves plus faciles, quant à la justification de l'existence d'une contre-partie.

La jurisprudence ne se contente pas toujours de la représentation des lettres ou copies de lettres adressées

(1) Cass., 29 juillet 1896, D. 97.1.100 ; 15 mars 1899, D. 99.1.312 ; Paris, 14 mars 1903, *Le Droit*, 10 juin.

(2) Dijon, 23 décembre 1891, D. 92.2.78 et Cass., 29 novembre 1899, D. 01.1.187.

(3) Cass., 15 novembre 1898, S. 1900.1.316.

par le commissionnaire au client (1). Elle exige que ces pièces soient corroborées par d'autres documents, tels que les carnets ou registres de l'intermédiaire. Il ne suffirait même pas que le commissionnaire démontre qu'à une date voisine de celle où il a reçu l'ordre, il a réalisé avec des tiers des marchés analogues à ceux qu'il avait mission d'exécuter (2). Pour obtenir la certitude qu'il y a eu concordance et application des opérations dont il s'agit, il est indispensable que l'intermédiaire produise un extrait du répertoire prescrit par la loi du 22 avril 1893, article 30 ; car les indications détaillées nécessaires pour la tenue régulière de ce document permettent seules de reconnaître facilement si l'application a eu lieu.

(1) Trib. com. Seine, 8 février 1902, *La Loi*, 15 mars.

(2) Paris, 29 janvier 1897, S. 98.2.123 ; Bordeaux, 18 juin 1902, *Le Droit*, 22 octobre.

CHAPITRE VI

APPRÉCIATION DE LA THÉORIE JURISPRUDENTIELLE A LA NULLITÉ DES OPÉRATIONS DE CONTRE-PARTIE.

Il faut reconnaître que la jurisprudence ne se montre pas intransigeante dans sa théorie de la nullité de la contre-partie ; elle laisse le champ libre à la volonté des individus. Il est donc certain que l'opération de contre-partie demeure valable si le commissionnaire a été autorisé par son client à se porter acheteur ou vendeur ; on ne voit pas au nom de quel principe de droit on prononcerait la nullité d'une semblable convention. Les magistrats ne sauraient avoir la prétention de protéger les citoyens contre un danger que ceux-ci considèrent comme illusoire ; en conséquence, le contrat dont il s'agit n'aura pas besoin d'être exprès, et il suffira que le commettant ait eu connaissance des agissements de l'intermédiaire, sans protester, pour que son consentement soit présumé. De nombreuses décisions judiciaires se sont prononcées dans ce sens : Paris, 17 mars 1898, D. 98.2.266, S. 98.2.121 ; Trib. com. Havre, 6 avril et 1^{er} juin 1897, *Recueil du Havre*, 97.1.73 et 116 ; Trib. com. Seine, 12 juin 1901, *Gaz. Trib.*, 12 juillet ; Paris, 19 juin 1902, *La Loi*, 14 septembre ; Req.,

20 octobre 1903 (implicite), S. 04.1.436 ; Req., 28 mars 1904, S. 04.1.456 ; Rouen, 26 janvier 1904, S. 05.2.140 ; Req., 22 mai 1905, D. 06.1.33. La convention prévoyant pour l'intermédiaire la possibilité de se porter contre-partie ne pourrait être mise en échec que si la loi interdisait l'emploi de ce procédé de réalisation. Or, on sait qu'il en est ainsi en matière d'opérations directes portant sur des valeurs cotées et devant se régler par le paiement d'une différence. En effet, la négociation des valeurs cotées est réservée par l'article 76 aux agents de change ; ceux-ci ne peuvent se porter contre-partie, l'article 85 contient à cet égard une interdiction formelle, et les coulissiers ne peuvent davantage se porter vis-à-vis de leurs clients acheteurs ou vendeurs des valeurs de cette catégorie, car, en agissant ainsi, ils contreviendraient au monopole des agents de change (1). Toutefois il ne faut pas oublier que, quand il s'agit d'opérations directes faites au comptant sur valeurs cotées, la doctrine (2) et la jurisprudence (3) admettent le principe de la liberté. Sans doute, si les particuliers veulent se servir d'un intermédiaire, il sont obligés d'employer le ministère d'un agent de change, mais ils conservent le droit intangible de traiter directement avec eux, c'est-à-dire de passer le marché direc-

(1) Cass., 24 mars 1893, D. 94.1.9, S. 93.1.241 ; Trib. com. Seine, 12 décembre 1900, *Gaz. Pal.*, 01.1.362.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. IV, n° 898 ; Thaller, n° 987.

(3) Cass., 20 mai 1889, D. 90.1.250 ; Cass., 24 mars 1893, D. 94.1.9 ; Trib. civ. Rouen, 8 juillet 1898, D. 98.1.217.

tement, soit avec une personne qui n'est pas affiliée à la Bourse, soit avec un coulissier, qui, dans ces conditions, ne joue pas un rôle différent de celui d'un simple particulier. Dans ces conditions, le contrat par lequel le coulissier se portera acheteur ou vendeur direct au regard de son client, sera parfaitement valable.

Mais ne faudrait-il pas admettre que l'opération directe revêt un caractère professionnel, lorsque le commissionnaire ne prend pas dans son patrimoine les titres qu'il fournit à son commettant, et qu'il lui vend des valeurs qu'il ne possède pas encore ? La jurisprudence considère alors que le fait de la part d'une personne de vendre des valeurs qu'elle n'a pas encore en sa possession et qu'elle sera obligée de se procurer en s'adressant à un tiers, constitue une immixtion prohibée dans les fonctions d'agent de change (1) et l'administration de l'Enregistrement, en commentant, dans sa circulaire du 31 mai 1898, l'article 14 de la loi du 13 avril précédent, qui impose à toute personne faisant commerce habituel de recueillir des offres et des demandes de valeurs de Bourse, l'obligation de représenter à toute réquisition, les bordereaux d'agent de change pour les opérations sur valeurs cotées, a fortifié encore cette interprétation jurisprudentielle en l'accentuant. Il est dit, en effet, dans l'instruction n° 2956, que les opérations directes sont celles par lesquelles les assujettis

(1) Cass., 24 mars 1890, D. 94.1.9, S. 93.1.244.

achètent réellement des titres pour leur compte et les revendent de même, après les avoir possédés pendant un temps plus ou moins long, et cette condition de possession plus ou moins longue, indispensable pour qu'il y ait opération directe, est exigée en termes plus précis encore dans les solutions du 29 juillet 1898 (*J. E.*, 25630), et du 25 octobre 1898 (*J. E.*, 25894). La plupart des auteurs ont combattu cette conception de l'opération directe, qui a pour conséquence d'élargir singulièrement le monopole des agents de change. Jusqu'à 1893 et 1898, le contrat direct pouvait très simplement se définir : celui pour lequel on se passe d'intermédiaire. Aujourd'hui on ajoute, pour caractériser l'opération directe, la condition d'un intervalle de temps plus ou moins long entre l'achat réalisé par l'intermédiaire et la revente des mêmes titres qu'il consent à son client. Cette doctrine a soulevé les plus vives critiques (1).

En laissant désormais de côté les opérations portant sur les valeurs admises à la cote, il est certain que l'opération de contre-partie est valable, lorsque l'intermédiaire a obtenu du commettant l'autorisation de se porter contre-partie, ou qu'en traitant, il a révélé ses agissements à son client sans protestation de ce dernier. Il en résulte que la nullité admise par la jurisprudence ne peut s'appliquer que si le commissionnaire a reçu défense expresse de prendre l'attitude dont il s'agit ou

(1) Lyon-Caen et Renault, t. IV, p. 617, note 1 ; Dreyfus, *La question du commissionnaire contre-partiste*, p. 46 ; Morel, p. 328.

si le silence a été gardé sur ce mode d'exécution. Cependant, des difficultés se sont élevées en présence des termes plus ou moins ambigus dont se sont servis les intermédiaires, pour se réserver la possibilité d'être contre-partistes. Bien souvent les clauses adoptées n'impliquent pas d'une façon nette et précise que le client ait eu l'intention de considérer le commissionnaire comme un vendeur ou un acheteur et non plus comme un mandataire. S'il en est ainsi, les tribunaux ont assurément le devoir de restituer au contrat sa physionomie véritable et reformuler l'appréciation la plus conforme à l'intention vraisemblable du commettant. Mais alors, par suite de ce pouvoir d'appréciation, la théorie de la nullité reparaît. En effet, si le contrat correspond plutôt à un mandat, le commissionnaire a manqué à son devoir au sens de la jurisprudence en se portant contre-partie, et il est loisible au client d'invoquer la nullité de l'opération, pour se soustraire à l'exécution de ses obligations. En l'absence d'une volonté expressément manifestée par le mandant, les magistrats se montrent donc très sévères dans leur examen de l'affaire et ils prononcent invariablement la nullité du marché, toutes les fois que le commettant leur paraît avoir conservé une incertitude sur les agissements de l'intermédiaire. Dans ces conditions, si ce dernier s'est porté contre-partie, sans que son mandant en ait été informé, la jurisprudence admet volontiers les allégations du donneur d'ordre, soutenant qu'il n'a jamais été dans ses

intentions d'autoriser la pratique de la contre-partie, et qu'il n'a pas d'ailleurs été pressenti à cet égard.

Mais, quels seront les points de repère qui guideront les tribunaux dans leur recherche psychologique de la volonté réciproque des deux contractants ? Ce sera dans la correspondance concomitante au marché que les magistrats trouveront les éléments de leur décision. Il faudra s'attacher à cette correspondance pour savoir si la qualité de contre-partiste a été ou non reconnue par le donneur d'ordre au commissionnaire (1). Dans cette correspondance, il faut comprendre d'abord les télégrammes et les avis d'opéré, ceux-ci généralement rédigés dans les termes suivants : « Le présent contrat forme une affaire directe entre nous, et vous avez à nous considérer comme votre acheteur ou comme votre vendeur. » Et le client signe la même déclaration dans le double qu'il retourne. Ou encore, c'est par voie de prospectus que l'exécution par contrat avec soi-même est offerte et acceptée. L'avis d'opéré sera conçu à peu près comme il suit : « Veuillez prendre note des opérations conclues aujourd'hui entre nous ; vous êtes chez nous vendeur (ou acheteur) de..... ». Si le client répond : « Conformément à votre lettre, je vous ai, ce jour, acheté (ou vendu)..... », les tribunaux décideront

(1) Cass., 22 mai 1900, S. 03.1.21 ; Paris, 22 mars 1901, S. 03.2.129 ; Douai, 13 juin 1901, S. 03.2.279 ; Cass., 28 octobre 1903, S. 04.1.436 ; 28 mars 1904, S. 04.1.436 ; Rouen, 26 janvier 1904, S. 03.2.110.

qu'au mandat primitif s'est substitué un contrat de vente directe, à l'abri de toute critique, dès lors que la volonté du donneur d'ordre s'est librement manifestée. Quelle que soit d'ailleurs la formule employée, il appartient aux juges de constater que le donneur d'ordre a toujours considéré son commissionnaire comme son acheteur ou son vendeur direct et non comme un simple intermédiaire (1).

On peut citer toutefois certaines clauses, notamment *la clause au mieux* qui sont incompatibles avec la qualité de contre-partie ; il est évident que la mission d'opérer au mieux des intérêts du client ne saurait se concilier avec le rôle de vendeur ou d'acheteur tenu par l'intermédiaire (2). Mais il ne faudrait pas considérer comme inconciliables avec le contrat direct les indications que le commissionnaire fournirait sur les opérations à traiter, et même les conseils donnés par le commissionnaire. Il paraît difficile, sans doute, que ces conseils soient absolument impartiaux (3) ; mais aucun texte ne les condamne, et, du moment qu'une ratification ultérieure est intervenue en connaissance de cause, on ne s'expliquerait pas que le client pût critiquer le procédé employé pour la réalisation du marché.

Faut-il décider, d'autre part, quand il existe sur la place une Caisse de liquidation pour les marchés à ter-

(1) Req., 28 mars 1904, S. 04.1.456.

(2) Trib. com. Havre, 23 novembre 1897, *Rec. Havre*, 97.1.250.

(3) Paris, 28 mars 1901, *Gaz. Pal.*, 01.1.684.

me et sur produits, que le commissionnaire est tenu de l'obligation impérieuse de conclure le marché avec un négociant agréé par cette Caisse et de le faire enregistrer par elle ? La doctrine générale décide que, à l'égard des opérations de ce genre, les règlements des Caisses de liquidation s'opposent à ce que le commissionnaire se porte contre-partie. La Caisse n'enregistrera, en effet, le contrat, que s'il a été accompli dans les conditions qu'elle considère comme régulières, c'est-à-dire s'il y a eu un tiers contractant (1).

Enfin, il reste à se demander si, dans cet ordre d'idées, la perception d'un courtage n'est pas incompatible avec la faculté pour l'intermédiaire de faire la contre-partie. Tout dépend du point de savoir si le commissionnaire contre-partiste conserve ou non sa qualité initiale de mandataire. Nous pensons que la qualité de vendeur ou d'acheteur est venue simplement se juxtaposer à celle de mandataire, sans en effacer complètement les conséquences. Comme le remarque M. Wahl : « il n'est pas exact que la commission soit la rémunération des frais et démarches faits par le commissionnaire pour trouver une contre-partie ; elle rémunère l'accomplissement de son mandat. Le mandat est accompli par le seul fait que le vendeur ou l'acheteur a été trouvé, quel qu'il soit » (2). La perception du courtage équivaudra,

(1) Trib. com. Havre, 23 novembre 1897, *Rec. Havre*, 97.1.250 ; 1897, *Rec. Havre*, 98.1.57 ; 17 octobre 1898, *Rec. Havre*, 99.1.48 ; 21 novembre 1900, *Rec. Havre*, 1900.1.170.

(2) S. 03.1.209.

sans doute, à la preuve que l'intermédiaire n'a jamais été envisagé que comme un mandataire par le client (1). Mais la majorité des décisions judiciaires apprécie d'une autre manière la coexistence d'un courtage avec la pratique de la contre-partie. En réalité, interdire au commissionnaire de prélever son droit de courtage, ce serait le priver d'une faculté légitime, le placer dans un état d'infériorité, et entraver sans raison plausible l'exercice de sa profession. En définitive, même en se portant contre-partie, le commissionnaire a tenu ses obligations et exécuté son mandat. En équité, une rémunération lui est due, à raison du service particulier que l'intermédiaire a rendu à son client, en lui procurant l'accès d'un marché, qui demeure fermé, en principe, à tous ceux qui ne possèdent pas la qualité d'adhérent. On ne peut admettre que l'intermédiaire ait prêté son concours par pure amitié pour son donneur d'ordre ; une telle conception du contrat aboutirait, contre toute vraisemblance, à ressusciter la notion romaine du mandat, fondée sur les rapports d'affection mutuelle, qui est évidemment étrangère à la pratique des affaires en Bourse. Donc, le commissionnaire contre-partiste a droit à un courtage, lequel peut être envisagé, d'ailleurs, comme une bonification sur le prix (2).

(1) Paris, 28 mars 1901, *Gaz. Pal.*, 1901.1.684, Douai, 13 juin 1901, D. 05.1.65.

(2) Paris, 17 mars 1896, D. 98.2.266 ; Trib. comm. Havre, 6 avril et 1^{er} juin 1897, *Rec. Havre*, 97.1.73 et 116 ; Trib. comm. Seine, 12 juin 1901, *Gaz. Trib.*, 12 juillet ; Paris, 19 juin 1902, *La Loi*,

Si la jurisprudence se montre en général sévère pour reconnaître que le donneur d'ordre a accepté le commissionnaire comme acheteur ou comme vendeur direct, elle se départit de sa sévérité habituelle relativement à l'exécution de l'ordre donné par un acheteur à terme, de se faire reporter. Elle reconnaît que le report opéré de cette manière par le commissionnaire n'est nullement irrégulier, si les parties sont tombées d'accord sur ce point ; il y a là une faculté absolument licite (1).

Quels seront les effets de la contre-partie dans toutes les hypothèses où la jurisprudence en admet la validité ? Deux contrats sont alors juxtaposés l'un à l'autre : un mandat et une vente. Mais la vente n'est que la conséquence du mandat. Comme le remarque M. Arthuys, on pourrait sans doute soutenir que le commissionnaire contre-partiste « devient directement un vendeur ou un acheteur et qu'il cesse d'être un mandataire ; il paraît plus probable qu'il reste mandataire, et c'est ce qu'admettent les arrêts, puisqu'ils reconnaissent au commissionnaire contre-partiste le droit de réclamer sa commission. Cette décision se justifie, car, en se portant contre-partie, le commissionnaire exécute néanmoins

14 septembre ; Rouen, 26 janvier 1904, S. 05.2.110 ; Req., 22 mai 1905, D. 06.1.33. et note conforme de M. Lacour ; Dreyfus, p. 25 et s. ; Arthuys, *Rev. crit.*, 1906.

(1) Trib. civ. Seine, 9 juin 1901, *Gaz. Trib.*, 24 avril ; Paris, 22 mars 1901, *Gaz. Trib.*, 14 septembre ; Req., 29 avril 1902, D. 02.1.316 ; Trib. comm. Seine, 30 avril 1903, *Le Droit*, 6 juin.

son mandat. C'est un procédé d'exécution que le commettant a autorisé, ou même, suivant les opinions, que le commissionnaire a le droit d'employer » (1). Donc, le rôle de vendeur ou d'acheteur ne se substitue pas complètement à celui de mandataire. « Le mandataire ne peut changer sa condition, et, pour se dispenser de rendre compte, revendiquer la situation d'acheteur (2). La logique conduirait à décider que l'intermédiaire reste, même avec ce mode de réalisation, tenu de fournir des justifications. Cependant la jurisprudence paraît fixée en sens contraire (3). Mais il ne faut pas oublier que les tribunaux n'ont jamais tranché la question que dans des hypothèses où la convention intervenue entre l'intermédiaire et son client avait réservé au premier la faculté de faire la contre-partie ; et, les magistrats n'ont nullement envisagé le cas où le commissionnaire agit à l'insu de son mandant ; en effet, la jurisprudence française annule et destitue d'effets une opération de ce genre.

S'il ressort de l'intention commune des parties qu'un contrat de mandat a pu subsister, malgré l'apparition ultérieure, d'un contrat de vente, le commissionnaire sera astreint en premier lieu aux obligations d'un mandataire (c'est-à-dire il devra observer, avant tout les

(1) *Rev. crit.*, 1906, p. 212.

(2) Baudry et Wahl, *Du mandat*, p. 301.

(3) Trib. com. Seine, 27 décembre 1900, *Le Droit*, 3 février 1901 ; Trib. com. Seine, 24 avril 1902, *Droit financier*, 02.434 ; Paris, 28 mars 1901, *Gaz. Pal.*, 01.1.684.

intérêts de son client, justifier de l'exécution régulière des ordres reçus, rendre compte) ; il en aura aussi les droits (remboursement de ses avances, paiement de ses honoraires). Mais le régime de la vente produira aussi ses effets, et ceux-ci seront surtout intéressants à constater, en cas de faillite, soit du commissionnaire, soit du commettant. Le commissionnaire vendeur perdrait toutes les garanties que la loi lui accorde (1^o droit de rétention, en vue du remboursement de ses avances et de ses frais ; 2^o privilège sur les marchandises détenues pour le compte du commettant ; 3^o action résolutoire, au cas où le commettant n'exécuterait pas ses obligations), s'il avait déjà opéré la livraison, lors de la faillite de son client. Au cas où les marchandises ou les titres seraient en cours d'expédition, la résolution, pour défaut de paiement du prix ne pourrait être demandée par le commissionnaire que dans les conditions, très strictes, prévues par l'article 576. Enfin, si aucun envoi n'a encore été effectué par le commissionnaire à son client failli, le droit de rétention et le droit de résolution, plus des dommages-intérêts pour lesquels il ne viendrait assurément que comme chirographaire, devraient être accordés au commissionnaire contre-partiste (1). Rappelons toutefois que, pour la Cour de cassation, le vendeur de marchandises non encore livrées à l'acheteur tombé ultérieurement en faillite, ne peut

(1) Cf. Morel, p. 341 et suiv., et les autorités citées.

pas se prévaloir de l'article 1184, pour réclamer des dommages et intérêts, en raison du principe que « nul ayant droit n'est fondé à s'inscrire dans la faillite, pour des dommages et intérêts de résiliation, en vertu d'un contrat synallagmatique encore inexécuté de son côté, lorsque cet ayant droit reste couvert par la valeur de sa propre prestation » (1). Et la jurisprudence applique cette décision au commissionnaire qui se porte vendeur (2).

(1) Thaller, n° 1989.

(2) Cass., 8 avril 1895, D. 95.1.481 ; 24 avril 1903, *Gaz. Pal.*, 1. 660 ; Grenoble, 27 juillet 1897, D. 98.2.265 ; Douai, 1^{er} août et 24 décembre 1901, D. 02.2.321.

Vu :

Le Président de la Thèse,
EM. ALGLAVE.

Vu :

Le Doyen,
M. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE PREMIER. — La coulisse ; son rôle économique	9
CHAPITRE II. — L'exception de contre-partie. — Historique et notions générales	74
CHAPITRE III. — Nature juridique de la représentation ; application aux contrats passés en Bourse par les intermédiaires	87
CHAPITRE IV. — Les opérations de contre-partie dans les législations étrangères.	113
CHAPITRE V. — De la contre-partie du commissionnaire en Bourse en France.	135
SECTION I. — Des intermédiaires visés par la prohibition.	141
SECTION II. — Historique de la jurisprudence française contemporaine.	150
SECTION III. — Le principe de la nullité des opérations de contre-partie, d'après la jurisprudence française.	152
CHAPITRE VI. — Appréciation de la théorie jurisprudentielle	164

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
